

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CARLOS MARTINS DA SILVA

A LEITURA ADEQUADA DO ARTIGO 319, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

FLORIANÓPOLIS

2013

CARLOS MARTINS DA SILVA

A LEITURA ADEQUADA DO ARTIGO 319, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Monografia submetida ao Curso de Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para obtenção do grau de bacharel
em Direito.

Orientador: Prof. Alexandre Morais da Rosa

FLORIANÓPOLIS

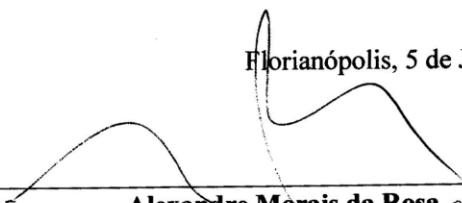
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

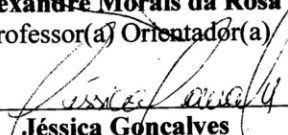
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A leitura adequada do artigo 319, III, do Código de Processo Penal**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Carlos Martins da Silva**, defendida em **05/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

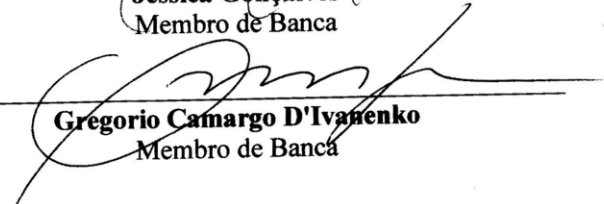
Florianópolis, 5 de Julho de 2013



Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Jéssica Gonçalves
Membro de Banca



Gregorio Camargo D'Ivanenko
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em homenagem póstuma, ao meu pai Moysés José da Silva e a minha irmã, Silvane Martins da Silva, os quais, repetidamente, disseram que um dia eu chegaria aqui, e iria além. E eu vou.

Agradeço a minha mãe, Flordarina Martins da Silva, que sempre me apoiou e disse: viva a vida, pois ela é muito boa, basta querer.

Agradeço aos meus irmãos Adilon Martins da Silva, Lourdes Martins da Silva, e Osvaldo Martins da Silva, os quais sempre me apoiaram quando eu estava prestes a baixar a cabeça diante de algumas dificuldades da vida.

Agradeço ao meu irmão Alberto Martins da Silva, que, além do apoio moral, doou seu tempo para partilhar da sua experiência de vida comigo.

Agradeço a grande amiga Edwiges Santana de Freitas, a qual com seu apoio e paciência típica de mineira, deu forças a conclusão deste trabalho.

Agradeço ao Professor Alexandre Moraes da Rosa, o qual além de professor e orientador, foi parceiro e amigo.

Por fim, agradeço a Napoleão Bonaparte, o qual, através das invasões e dominações em solo europeu, deslocou a família real portuguesa para o Brasil, influenciando indiretamente o surgimento e consolidação do ensino superior no país. Poderíamos estar mais atrasados do que às vezes parecemos estar em matéria de ensino, caso o referido evento histórico não tivesse ocorrido.

Ninguém respeita a Constituição.
Mas todos acreditam no futuro da nação.
Que país é esse?

(Renato Russo).

RESUMO

A Lei nº 12.403/11 trouxe consideráveis mudanças ao Título IX do Livro I do Código de Processo Penal. Dentre tais mudanças, criou um novo rol de medidas cautelares alternativas à prisão. A criação dessas medidas tornou-se uma importante alternativa à proteção da efetividade do processo penal. Com esse novo leque de opções, os magistrados podem evitar as prisões provisórias, que abarrotam o sistema carcerário brasileiro, ao optar por alguma medida diferente das que visam apenas o aprisionamento do indivíduo. O inciso III, do artigo 319, do Diploma Processual Penal traz a medida de cautela de proibição de manter contato com pessoa determinada, que é o objeto principal desse estudo. Fala-se muito na ingerência do Poder Geral de Cautela quando da aplicação dessa medida. O simples rumor da existência desse instituto no âmbito do Processo Penal faz com que o arbítrio de alguns magistrados defensores do poder cautelar exorbite dos ideais de sensatez e adequação, os quais as medidas cautelares devem possuir. Desse modo, a aplicação das referidas medidas pessoais, e, em especial, para os fins desse estudo, a de proibição de manter contato com pessoa determinada, torna-se um desafio na busca da efetividade do direito material.

Palavras-chave: Medida cautelar. Proibição de Manter Contato. Poder Geral de Cautela. Efetividade da prestação jurisdicional.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	PROCESSO PENAL BRASILEIRO	10
2.1	Princípios do Processo Penal aplicáveis às medidas cautelares	10
2.1.1	<i>Princípio da legalidade (ou tipicidade)</i>	10
2.1.2	<i>Princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade)</i>	11
2.1.3	<i>Princípio da adequação e da proporcionalidade</i>	12
2.1.4	<i>Princípio da precariedade</i>	13
2.1.5	<i>Princípio da necessidade</i>	14
2.1.6	<i>Princípio da subsidiariedade</i>	14
2.2	Conceito e requisitos das medidas cautelares no processo penal	15
2.2.1	<i>Conceito</i>	15
2.2.2	<i>Requisitos para a decretação de medida cautelar alternativa à prisão</i>	16
2.3	As novas medidas cautelares alternativas a prisão	18
2.3.1	<i>Comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, do CPP)</i>	20
2.3.2	<i>Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, do CPP)</i>	20
2.3.3	<i>Proibição de manter contato com determinada pessoa (art. 319, III, do CPP)</i>	21
2.3.4	<i>Proibição de ausentar da comarca (art. 319, IV)</i>	22
2.3.5	<i>Recolhimento domiciliar (art. 319, V, do CPP)</i>	22
2.3.6	<i>Suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (art. 319, VI, do CPP)</i>	23
2.3.7	<i>Internação provisória (art. 319, VII, do CPP)</i>	23
2.3.8	<i>Fiança, (art. 319, VIII, do CPP)</i>	24
2.3.9	<i>Monitoração eletrônica (art. 319, IX, do CPP)</i>	24
3	PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	26
3.1	O Poder Geral de Cautela	26
3.1.1	<i>Histórico do Poder Geral de Cautela</i>	26
3.2	Limites do poder geral de cautela	29
3.2.1	<i>A importância de limites</i>	29
3.2.2	<i>Os limites do próprio ordenamento jurídico</i>	30
3.2.3	<i>Requisito da necessidade</i>	30
3.2.4	<i>Concessão de Ofício</i>	31
3.2.5	<i>Limite de liberdade do cidadão</i>	32

3.2.6	<i>Impossibilidade da finalidade satisfativa.....</i>	32
3.3	A (in)existência do Poder Geral de Cautela no Processo Penal	33
4	A MEDIDA DE PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO	38
4.1	Processo penal cautelar como instrumento de efetividade do direito material ..	38
4.1.1	<i>Garantia da satisfatividade do direito material.....</i>	39
4.1.2	<i>O Estado-juiz.....</i>	40
4.1.3	<i>Processo cautelar x Medida cautelar.....</i>	41
4.2	Posição jurisprudencial acerca da proibição de manter contato	42
4.2.1	<i>A omissão do legislador</i>	42
4.2.2	<i>A amplitude do contato.....</i>	42
4.2.3	<i>A distância a ser mantida</i>	43
4.2.4	<i>Decisões genéricas</i>	44
4.2.5	<i>Condições de fiscalização</i>	45
4.3	Aplicação adequada da proibição de manter contato	46
4.3.1	<i>O caminho a ser construído</i>	46
4.3.2	<i>Proibição de manter contato como medida protetiva</i>	47
4.3.3	<i>Delimitação espacial.....</i>	48
4.3.4	<i>Forma de contato proibido.....</i>	48
4.3.5	<i>Cumulação da proibição de manter contato com o monitoramento eletrônico.....</i>	49
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	51
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	53

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.403/11, que reformou o Código de Processo Penal, foram introduzidas nove novas medidas cautelares diversas da prisão. Em um primeiro momento, a notícia que se veiculava era a de que referida norma ocasionaria grande perturbação e insegurança na sociedade, uma vez que poderia interferir diretamente na liberdade da população carcerária brasileira. Promoveria assim, a libertação de muitos presos.

Com o passar dos tempos, o verdadeiro objetivo da referida lei, qual seja: o de ajustar o Sistema Processual Penal aos ditames da Constituição e dos tratados internacionais pactuados pelo Brasil, foi enaltecido. O encarceramento tornou-se exceção, somente podendo ser aplicado em situações que não caibam as medidas cautelares restantes.

Em que pese o avanço na legislação no que se refere aos princípios que regem os direitos humanos, em especial os que protegem a liberdade dos indivíduos, nota-se que houve omissão do legislador no trato de alguns dispositivos da lei reformadora do Diploma Processual Penal. Essa omissão acabou por proporcionar uma possibilidade maior de interpretações por parte dos magistrados, quando da aplicação das medidas cautelares. Reviveu, inclusive, a possibilidade de se empregar do poder geral de cautela no âmbito do processo penal.

Dessa forma, às vezes querendo mais, às vezes não querendo nada, alguns juízes se perdem no arbítrio que lhes é conferido, e se distanciam da efetividade na prestação jurisdicional que a sociedade tanto anseia. A medida de proibição de manter contato disposta no artigo 319, III, do Código de Processo Penal é exemplo categórico desse impasse. Percebe-se, em grande parte das decisões judiciais, a aplicação genérica, omissa ou excessiva demais para caso concreto. Além do mais, a referida medida é de difícil fiscalização, em alguns casos transcendendo os meios que o Poder Público dispõe atualmente.

É com base nesse raciocínio que o presente estudo se perfilará. No primeiro capítulo será feita breve exposição acerca dos princípios atinentes às medidas cautelares no processo penal, bem como a conceituação, e os requisitos para a correta aplicação dessas. O capítulo seguinte tratará do poder geral de cautela. Sua origem, limites e as razões da inaplicabilidade no âmbito do processo penal. Por fim, no último capítulo, examinar-se-á a forma mais adequada de aplicação da proibição de manter contato, analisando o que a jurisprudência traz acerca do tema, e enfatizando a busca pela efetividade do direito material.

2 PROCESSO PENAL BRASILEIRO

2.1 Princípios do Processo Penal aplicáveis às medidas cautelares

Embora existam diversos princípios do processo penal¹, para os fins dessa pesquisa, serão invocados, especialmente, os que guardam pertinência com o objeto desse estudo.

A Lei 12.403/11 deu nova redação a diversos dispositivos do Código de Processo Penal. Dentre as novidades trazidas pela referida lei, destaca-se a inclusão da expressão “MEDIDAS CAUTELARES”. O artigo 282, I e II do Código de Processo Penal consigna o seguinte:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais;

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

A adoção de quaisquer das medidas cautelares trazidas pela Lei 12.403/11 ocasiona a inegável restrição à liberdade do direito constitucional de ir e vir do agente, mesmo que em menor intensidade em comparação à prisão preventiva e temporária. Sendo assim, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão presentes no artigo 319 do Código de Processo Penal deve ser realizada na conformidade de alguns princípios.

2.1.1 Princípio da legalidade (ou tipicidade)

Dentre outros dispositivos do CPP, a nova redação dada pela Lei 12.403/11 ao artigo 321 invoca o princípio da legalidade (ou tipicidade) quando afirma que é garantida ao indiciado, acusado ou réu, a manutenção de sua liberdade de locomoção, que só poderá ser

¹ Princípio do juiz natural, Princípio da Persuasão Racional ou do Livre Convencimento, Princípio da Imparcialidade do Juiz, Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade da Ação Penal, Princípios da Iniciativa das Partes e do Impulso Oficial, In dubio pro reo, Princípio do contraditório, Princípio da verdade real, Princípio da oralidade, Princípio da publicidade, Princípio da oficialidade, Princípio da indisponibilidade do processo, e etc.

restringida caso o juiz se convença da existência das hipóteses para a decretação de uma das medidas cautelares previstas no CPP, ou eventualmente trazidas por legislação esparsa.

Resta inquestionável, após a leitura do referido artigo 321, CPP, que o indivíduo estará sujeito às medidas cautelares de que trata o artigo 319 (comparecimento periódico em juízo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de manter contato com pessoa determinada; proibição de ausentar-se do distrito da culpa ou do País; recolhimento domiciliar; suspensão de função pública ou atividade econômica ou financeira; internação provisória; fiança e monitoração eletrônica), ou então, terá decretada a sua prisão preventiva nas hipóteses do artigo 311 e seguintes, somente quando não couber outras medidas cautelares diversas da prisão (artigo 310, inciso II) e, ainda, se verificar, o juiz, que não é cabível a substituição da cautela extrema por outra menos rigorosa entre aquelas previstas pelo artigo 319, CPP (artigo 282, inciso I e § 6º, CPP).

Assim, pode-se afirmar que, ao acusado ou réu, somente poderão ser aplicadas as medidas restritivas previstas no Código de Processo Penal, ou, por óbvio, as elencadas em legislação esparsa, não podendo o magistrado limitar, total ou parcialmente, a liberdade do indivíduo no decorrer da persecução penal, já que, expresso está, o princípio da legalidade nas alterações trazidas pela lei nº 12.403/11.

2.1.2. Princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade)

Como consequência direta do princípio do devido processo legal, instalou-se na doutrina e nas legislações o denominado princípio da "presunção de inocência." De acordo com o artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarado culpada, preceito reiterado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, de 2 de maio de 1948, e no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU.

O princípio da presunção de inocência existia apenas de forma implícita no ordenamento jurídico penal, passando a ser previsto expressamente com o advento da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LVII. O referido princípio preconiza que somente o trânsito julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de não culpado.

Nas sábias palavras de Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 70):

[...] a presunção de inocência deve ser colocada como o significante primeiro, pelo qual, independentemente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do jogador acusador. Aqui descabem presunções de culpabilidade.

Nesse sentido, Barros e Machado (2011, p. 28) conceitua:

Logo, a presunção de inocência impõe ao processo penal a necessidade de reconhecer um tratamento ao acusado tido como sujeito de direitos, logo, não se pode “coisificar” o réu, seja por meio do uso das algemas, de uniformes do sistema prisional ou mesmo lhe exigindo comportamentos diferentes dos demais sujeitos do processo. Nesse sentido, tem-se o princípio da presunção de inocência como norma de tratamento digno ao réu.

Assim, o referido princípio não afirma que o culpado pela prática de alguma infração penal é inocente ou não deve receber o correto julgamento pelos dos órgãos estatais, e sim que, conforme o texto constitucional ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Deve-se assegurar as garantias constitucionais por intermédio de um devido processo legal. O princípio da presunção de inocência é, então, um remédio para o combate do arbítrio Estatal e da aplicação injusta da justiça.

2.1.3 Princípio da adequação e da proporcionalidade

Ao adequar o texto da lei processual penal ao da Constituição Federal, a Lei nº 12.403/11 trouxe à tona o princípio da proporcionalidade que é naturalmente vinculado ao juízo de adequação e necessidade das medidas cautelares.

Pode-se encontrar o referido princípio no artigo 282, II, do CPP, que preceitua que as medidas cautelares devem ser “adequadas à gravidade do crime e às circunstâncias do fato, além de atender às condições pessoais do indiciado ou acusado”. Tal princípio também é informado e tem aplicação concreta no artigo 283, § 1º, do mesmo Código, ao mencionar que “as medidas cautelares previstas neste Título não se aplicam à infração a que não for isolada, cumulativa ou alternativamente cominada pena privativa de liberdade”.

Lei nº 12.403/11 colocou à disposição do magistrado uma gama maior de possibilidades de decretação de medidas cautelares, ajustando e sistematizando a norma processual nessa matéria. De acordo com o novo texto normativo, o juiz poderá decidir qual medida de cautela mais adequada ao caso concreto segundo os parâmetros traçados pelo artigo 282, e escolher dentre as medidas restritivas elencadas no artigo 319 (incisos I até IX)

do CPP, aquela ou aquelas que melhor atenderão às finalidades previstas pelo artigo 282 do CPP, ou, em último caso, como medida mais severa decretar a prisão preventiva (artigo 311 do CPP) ou a prisão domiciliar (artigo 317 do CPP).

Há graduação das medidas cautelares em razão da gravidade do crime e da pena a ser aplicada. Desta forma, existindo no caso concreto motivos suficientes para se concluir que não deve ser imposta ao acusado ou réu pena privativa de liberdade será razoável a vedação da aplicação de medida restritiva à liberdade de locomoção do indivíduo.

Por fim, mesmo que de forma implícita, o artigo 282, II, do Código de Processo Penal, adota o princípio da proporcionalidade no momento da aplicação das medidas cautelares, a doutrina de Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 34) confirma esse entendimento:

Em sede de medidas cautelares de natureza pessoal, tem-se que a medida somente será legítima quando o sacrifício da liberdade de locomoção de acusado for proporcional à gravidade do crime e às respectivas sanções que previsivelmente venham a ser impostas ao final do processo. Isso porque seria inconcebível admitir-se que a situação do indivíduo ainda inocente fosse pior do que a da pessoa já condenada. Com a entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, a obrigatória observância desse subprincípio [da proporcionalidade em sentido estrito] da proporcionalidade passa a constar expressamente do Título IX, atinente à prisão, às medidas cautelares e à liberdade provisória. Consoante a nova redação do art. 282, II, do CPP, as medidas cautelares previstas no referido Título deverão ser aplicadas observando-se a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado.

2.1.4 Princípio da precariedade

As medidas cautelares também se revestem da provisoriedade. O indiciado ou acusado é tido como presumidamente inocente e a pena não pode ser antecipada. Qualquer limitação à liberdade do indiciado ou acusado, que seja anterior ao transido em julgado, deve ser suportável e socialmente necessária (GONÇALVES, 2004). Sendo assim, é condenável que a medida cautelar se prolongue além do necessário para que se atinja as finalidades elencadas no artigo 282, I e II do CPP.

Em se tratando de medida cautelar, é o princípio da precariedade que impõe barreira intransponível à decretação indiscriminada de medidas restritivas do direito à liberdade de locomoção no curso da ação penal ou de procedimento investigatório, em respeito, principalmente, ao princípio da presunção de não culpabilidade ou da inocência.

Dada a nova redação do artigo 282, §§ 4º e 5º do CPP, percebe-se claramente a provisionalidade das cautelares na medida em que afirmam a possibilidade da substituição ou

revogação das mesmas. A medida cautelar só pode ser mantida enquanto a situação fática que a autorizou se mantiver, finalizando tal situação, a cautelar deverá ser revogada ou substituída, operando assim em caráter *rebus sic stantibus*.

2.1.5 Princípio da necessidade

Expresso no inciso I, do artigo 282, Código de Processo Penal, assim como, também no § 1º, do artigo 283 e parágrafo único do artigo 310, do mesmo diploma processual penal, o princípio da necessidade das medidas cautelares dispõe que qualquer medida de cautela deverá ser aplicada somente quando verificadas as hipóteses dos referidos dispositivos legais, isto é, somente podem ser concedidas se indispensáveis.

Dessa maneira, somente se justifica a medida cautelar se estiverem presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, só devendo, assim, ser mantida enquanto persistir a sua necessidade. O § 5º, do inciso, II, do artigo 282, do Código de Processo Penal, determina que o "juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem." Isto é, só se justifica a medida cautelar, tanto para a sua decretação quanto para a sua conservação se as circunstâncias iniciais existirem e se mantiverem.

2.1.6 Princípio da subsidiariedade

O referido princípio é imposição expressa do inciso LXVI, do artigo 5º, da Constituição da República. A prisão só é autorizada quando alguém estiver em flagrante delito, ou por ordem judicial escrita e fundamentada de autoridade competente. Ressalvados os casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

O artigo 283 do Código de Processo Penal prossegue no mesmo sentido do texto constitucional, com a nova redação dada pela Lei nº 12.403/2011. A subsidiariedade desta cautela também se encontra expressamente declarada no artigo 282, §§ 4º e 6º, do Código de Processo Penal, com texto dado trazido pela Lei nº 12.403/2011.

Para Fernando Capez, a lei foi “editada com o escopo de evitar o encarceramento do indiciado ou acusado antes de transitar em julgado a sentença penal condenatória” (CAPEZ, 2011). Assim, ainda segundo o autor:

Agora, antes da condenação definitiva, o sujeito só pode ser preso em três situações: flagrante delito, prisão preventiva e prisão temporária. Mas somente poderá permanecer preso nas duas últimas, não existindo mais a prisão em flagrante como hipótese de prisão cautelar garantidora do processo. Ninguém responde mais preso a processo em virtude da prisão em flagrante, a qual deverá se converter em prisão preventiva ou convolar-se em liberdade provisória.

Portanto, viu-se uma breve consideração dos princípios informadores das medidas de cautela pessoais. Princípios estes que são imprescindíveis para a correta aplicação das de cautela.

2.2 Conceito e requisitos das medidas cautelares no processo penal

2.2.1 Conceito

As medidas cautelares consistem em medidas que restringem ou privam a liberdade de locomoção de um indivíduo no decorrer das investigações do inquérito policial ou no decurso do processual penal. Possuem o propósito de assegurar a eficácia do inquérito ou do processo, demandando algum tipo de punição da liberdade do sujeito, passivo da cautelar.

Para Marcellus Polastri Lima (2005, p. 88):

Medida cautelar é a providência jurisdicional protetiva de um bem envolvido no processo. É providência tomada pelo juiz para manter a eficácia ou utilidade do processo. Embora em caráter extremamente excepcional, estas medidas podem ser tomadas de ofício pelo juiz, sem pressuposto da ação e do processo cautelar.

O processo, em essência, é formado por uma sequência de atos que antecedem e servem à preparação de um provimento final. Até que essa resposta final seja proferida em sentença, leva-se tempo. Eis que surge o perigo da demora, no momento em que, ao final da decisão, o estado das coisas tenha sido substancialmente modificado, tornando ineficaz a manifestação do Estado para a solução do litígio.

Para se expurgar o *periculum in mora*, faz-se necessário atuar incidentalmente no processo. É neste momento que, nos dizeres de Antonio Magalhães Gomes filho (2012, p. 16):

[...] a técnica processual serve-se das medidas cautelares como instrumentos para superar esse risco inerente à própria estrutura processual, possibilitando a antecipação dos efeitos de um futuro provimento, exatamente como o objetivo de assegurar os meios para que a decisão definitiva seja alcançada e, ao mesmo tempo, possa ser eficaz.

Desta forma, o que justifica a providência cautelar é a necessidade de evitar o perigo de dano que surgiria da demora em se outorgar a prestação jurisdicional definitiva. Vale ressaltar, que este não é qualquer perigo, e sim um perigo especial, que se resulta do atraso em se proferir a decisão definitiva e da impossibilidade de se evitar essa demora. Neste sentido, “os provimentos cautelares não são nunca um fim em si próprios, mas são infalivelmente predispostos à emanção de um ulterior procedimento definitivo, do qual estes preventivamente asseguram o proveito prático” (CALAMANDREI, 2000, p. 41).

A medida cautelar não só compõe provisoriamente a lide como também assegura o resultado eficaz da tutela jurisdicional definitiva (CARNELUTTI, 1999). Posteriormente, aperfeiçoando seu entendimento sobre processo cautelar, Carnelutti conclui que a finalidade das medidas cautelares é assegurar o equilíbrio inicial das partes, isto é, a tutela cautelar destina-se a evitar no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa derivar da duração do processo.

Complementando esse raciocínio, ainda quando da análise do Projeto de Lei 4.208-C, transformado posteriormente na Lei 12.403/2011, Aury Lopes Jr. (2010, p. 174) fez interessante colocação:

se houver alguma medida que se apresente igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como ‘ultima ratio’ do sistema.

Assim sendo, o juiz criminal deve primeiramente buscar a aplicação de outras medidas cautelares, tendo a prisão preventiva como excepcionalidade.

2.2.2 Requisitos para a decretação de medida cautelar alternativa à prisão

As medidas cautelares pessoais alternativas à prisão colocam-se entre a liberdade e a prisão processual. Tais medidas são excepcionais, e por isso necessitam cumprir certos requisitos característicos da cautelaridade (BADARÓ, 2012 p. 218).

Desta forma, para que seja ordenada qualquer medida cautelar pessoal no processo penal, é imprescindível que estejam presentes o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*.

O *fumus commissi delicti* é a existência de prova da materialidade delitiva e indícios de autoria. Trata-se de um requisito cautelar próprio do processo penal, não se confundindo com o instituto *Fumus Boni Iuris* do processo civil, o qual aponta a provável existência de um direito demandado (BARROS, 2011 p. 147).

LOPES deixa claro essa distinção: “como se pode afirmar que o delito é a fumaça do bom direito? Ora, o delito é a negação do direito, sua antítese!” (2011, p. 13 – 14). Assim, no processo penal, a cautela está presente no acontecimento do delito, no processo civil, todavia, reside na existência de um direito. Dessa maneira, estando ausente o requisito do *fumus commissi delicti*, não será possível aplicar medidas cautelares alternativas, muito menos a prisão preventiva.

Vale ressaltar que o *fumus commissi delicti* deverá estar acompanhado do *Periculum Libertatis*. Este requisito faz menção ao risco que o agente em liberdade possa causar à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da conveniência da instrução criminal e para a aplicação da lei penal².

Deve-se também verificar o requisito da *necessidade* presente no inciso I do artigo 282, do CPP, o qual requer para a decretação de qualquer medida cautelar, incluída aí, a prisão:

- a) necessidade para aplicação da lei penal;
- b) necessidade para a investigação ou a instrução criminal;
- c) nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais.

Sendo assim, para a aplicação de medida cautelar deve haver prévia demonstração da necessidade de se resguardar o direito da acusação, para que assim, possa haver aplicação da lei penal, e a efetividade da investigação ou instrução criminal.

Além de ser necessária, a medida cautelar deve ser adequada à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do agente. Conforme o requisito expresso no inciso II, do artigo 282. Na adequação, analisa-se a proporcionalidade, para que assim sejam evitados abusos na aplicação das medidas.

Em síntese, para que seja possível a decretação das medidas cautelares pessoais no processo penal, Barros e Machado (2011, p. 148) assevera que deve ser seguido o seguinte raciocínio:

² O que se entende por *fumus commissi delicti*? < <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/07/20/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti/>>. Acessado em: 10.Jun.2013.

- a) Primeiro – deve-se analisar a presença de prova da materialidade e indícios de autoria (*fumus commissi delicti*);
- b) Segundo – deve-se analisar a necessidade de restrição ou privação da liberdade seja para permitir a aplicação da lei penal, seja para auxiliar a instrução ou investigação, seja em casos específicos, para evitar a reiteração da conduta criminosa (art. 282, I, do CPP). Aqui reside o *periculum libertatis*;
- c) Terceiro – a partir dos elementos dos autos, deve-se perquirir pela presença de algum dos fundamentos do art. 312. do CPP, quais sejam: garantia da ordem pública, ordem econômica, da aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal;
- d) Quarto – passa-se à análise acerca da adequação da medida cautelar pessoal diversa da prisão ao caso concreto (art. 282, II e § 6º, do CPP).

Desse modo, são essas as características fundamentais das medidas cautelares no Processo Penal.

2.3 As novas medidas cautelares alternativas a prisão

Com o advento da Lei nº 12.403/2011, profundas mudanças surgiram no regime das medidas cautelares processuais penais de natureza pessoal. A prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva, em que pese terem sofrido importantes alterações, continuaram presentes no diploma processual penal, assim como também, a liberdade provisória, com ou sem fiança.

As mudanças trazidas pela lei supracitada acabaram por romper com o sistema bipolar de medidas cautelares pessoais, o qual se operava somente com os extremos opostos da prisão preventiva e da liberdade provisória. Nos dizeres de Barros e Machado (2011, p. 145):

A introdução de novas medidas cautelares pessoais no processo penal permite estabelecer uma terceira via ao binômio liberdade e prisão processual. Antes da Lei n. 12.403/2011, no Brasil, o acusado respondia ao processo preso ou em liberdade, o que gerava a sensação de impunidade quando soltou ou de arbitrariedade quando preso. Não existiam medidas intermediárias que pudessem melhor se adequar às especificidades do caso concreto.

Dessa forma, o Código de Processo Penal passou a prever entre os extremos supramencionados, algumas medidas alternativas à prisão.

Em momento anterior à reforma dada pela Lei 12.403/2011, quando ainda em vigor o sistema bipolar de medidas cautelares pessoais, discutia-se a possibilidade de o juiz penal utilizar-se do poder geral de cautela previsto no Código de Processo Civil com fulcro no instituto da analogia presente no artigo 3º do CPP. Isto é, para que o magistrado não decretasse a prisão preventiva do indivíduo ou não o mantivesse em prisão de flagrante delito, poderia, agindo *in bonam partem*, decretar medidas cautelares processuais atípicas, ou seja, que não estivessem previstas em lei.

Com a existência desse novo rol de medidas incidentais entre a prisão cautelar e a liberdade provisória, estaria, assim, decretado o fim da discussão sobre a possibilidade de se utilizar o poder geral de cautela no processo penal, entretanto, ainda que para se confirmar essa declaração, faz-se necessário uma análise mais cuidadosa desse tema em capítulo próprio nessa pesquisa.

Por ora, é importante fazer uma breve introdução de cada uma das novas medidas trazidas pela Lei 12.403/2011. O artigo 319 do Código de Processo Penal expõe o rol de medidas alternativas à prisão:

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Percebe-se que, com a ampliação das medidas cautelares diversas da prisão cautelar, foi estendida a gama de possibilidades para que o juiz escolha dentre as medidas a mais adequada ao caso concreto, podendo, inclusive, deixar de decretar a prisão preventiva,

uma vez que a adoção de uma das medidas alternativas à prisão pode trazer eficácia suficiente ao processo criminal.

2.3.1 Comparecimento periódico em juízo (art. 319, I, do CPP)

É a determinação de que o investigado ou acusado apresente-se periodicamente à presença do juiz, no prazo e nas condições fixadas por este, para demonstrar e informar, nessas ocasiões, a realização de atividades pessoais. Trata-se de uma medida de monitoramento.

Para LOPES “é uma medida que permite, a um só tempo, o controle da vida cotidiana e também certificar-se do paradeiro do imputado, servindo como instrumento para tutela da eficácia da aplicação da lei penal” (2011, p. 129).

BARROS e MACHADO assevera que “como o objetivo da medida é evitar que o acusado fuja, não pode o prazo ser muito dilatado como, por exemplo, de ano em ano, pois assim não se garantiria a eficácia da medida, não atingindo, portanto, o fim pretendido” (2011, p. 152).

2.3.2 Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares (art. 319, II, do CPP)

Trata-se efetivamente de uma medida “cautelar”, com o escopo de evitar o risco de novas infrações ao restringir a liberdade de acesso a determinados ambientes. O juiz, entendendo que a frequência do indiciado ou réu a determinados lugares ou a estabelecimentos de certa natureza favoreça a prática de novas infrações por este, poderá proibir-lhe a estada em tais lugares e/ou estabelecimentos.

BADARÓ (2012, p. 239) faz importante distinção entre acesso e frequência:

O acesso é a simples ação de entrar ou ingressar em um determinado local, não tendo a expressão qualquer conotação de reiteração ou repetição; já a frequência traduz a ideia de repetição sistemática de um fato ou comportamento, no caso, a repetição sistemática habitual do investigado ou acusado num lugar específico.

Dessa forma, a proibição de acesso seria situação mais gravosa, já que se trata de um único ingresso em determinado local, ao passo que a proibição de frequência tem efeito menos gravoso, uma vez que um único ingresso não acarretaria no descumprimento da medida cautelar.

2.3.3 Proibição de manter contato com determinada pessoa (art. 319, III, do CPP)

Trata-se de medida cautelar para garantir a investigação ou instrução criminal. É o objeto central dessa pesquisa e, por esse motivo, receberá maior atenção.

A referida medida é direcionada incontestavelmente, mas não exclusivamente, aos casos de violência doméstica, tendo viés de medida protetiva. Podendo, assim, ser aplicada em qualquer circunstância em que seja necessário manter afastado o acusado de pessoas determinadas, ainda que não sejam familiares.

Interessante ressaltar, que o art. 319, caput, III, ao mencionar “pessoa determinada”, não limitou a proibição do contato à vítima, possibilitando assim, que o acusado tenha proibido seu contato com testemunhas, inclusive eventuais corréus (BADARÓ, 2012, p. 241). Desta forma, “essa medida tem relevância quando há uma relação anterior entre o acusado e a vítima ou o acusado e a testemunha, seja essa um vínculo parental, afetivo, trabalhista ou de vizinhos” (BARROS e MACHADO, 2011, p. 156).

A proibição de manter contato já se encontrava presente em nosso ordenamento, na Lei Maria da Penha³, em seu art. 22, III, a e b, entretanto, com o advento da Lei 12.403/2011 passou a ter maior abrangência, já que não se trata apenas de relações domésticas com vítimas mulheres. Pode-se, assim, ser aplicada a qualquer crime, adequando-se ao caso concreto. O artigo da lei supracitada expõe o seguinte:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I – [...];

II – [...];

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

[...]

O principal problema na aplicação desta medida encontra-se na fiscalização. Mais uma vez, a aplicação da proibição de manter contato cumulada à medida de monitoramento eletrônico poderá dar maior efetividade a medidas desta natureza, uma vez que em grande parte dos casos, a notícia de violação da medida vem acompanhada de uma situação de

³ Lei n. 11.349/2006 – Também conhecido como Estatuto da Violência Doméstica.

violência já consolidada. Inviável, também, seria pensar em efetivo policial para fiscalização do cumprimento da medida.

2.3.4 Proibição de ausentar da comarca (art. 319, IV)

Trata-se de medida alternativa a prisão com finalidade instrumental ou probatória expressa. Sendo conveniente para a investigação ou instrução criminal, poderá o magistrado restringir a liberdade aos limites geográficos do Distrito da Culpa.

Rômulo de Andrade Moreira (2011, p. 86) faz adequado comentário acerca da referida medida cautelar:

Trata da proibição de ausentar da comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução (aqui, é preciso atentar para aqueles casos em que o indiciado ou réu trabalhe em local muito distante de seu domicílio, como nas regiões metropolitanas das grandes cidades; nesse caso, impor essa medida, convenhamos, não é nada razoável).

Nota-se que a proporcionalidade prevalecer quando da aplicação de desta medida cautelar, pode, entretanto, caso o magistrado entenda justificável, que a proibição em questão seja absoluta, restringindo assim totalmente a possibilidade de saída do território da comarca.

2.3.5 Recolhimento domiciliar (art. 319, V, do CPP)

Eis mais uma medida cautelar que restringe o direito de locomoção do agente, tendo como finalidade evitar perda de provas bem como a fuga do réu. Mesmo limitando o direito de ir e vir do réu, essa medida não pode ser considerada uma espécie de prisão domiciliar.

É o que afirma Jorge Luis Le Cocq D'Oliveira⁴:

“A medida do inciso V constitui uma novidade; é bem mais restritiva da liberdade do apontado autor da infração penal – que, a rigor, só poderá sair de casa para trabalhar e nada mais – e, por isso, o Juiz só deve aplicá-la quando perceber a insuficiência da providência de que trata o inciso anterior. Tal medida, logicamente, não se confunde com a prisão domiciliar – que, como o nome já diz, é prisão e não alternativa a ela – e só é cabível nos casos expressamente definidos no art. 318.”

⁴ Le Cocq D'Oliveira, Jorge Luis - O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal - <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_192.pdf> Acessado em: 04.Jun.2013.

Logo, a presente medida somente poderá ser aplicada nos casos mais graves, justamente por atingir o direito fundamental de liberdade de locomoção previsto constitucionalmente.

2.3.6 Suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira (art. 319, VI, do CPP)

A medida cautelar em comento tem como objetivo a coibição de uso do exercício de função pública ou atividade de natureza econômica ou financeira para a prática de novas infrações. Deve restar claro que o afastamento do cargo deve ter pertinência temática com o crime.

Segundo André Luiz Nicolitt⁵, a medida somente poderá ser aplicada para a garantia da instrução criminal, fundada no receio de que o agente, valendo-se de sua função ou atividade, destrua documentos, intimide testemunhas ou altere situações fáticas. Se a medida for aplicada extrapolando as finalidades acima mencionadas, ela acaba por se desviar de sua natureza cautelar, logo, o magistrado deve ser cuidadoso no momento de sua aplicação.

2.3.7 Internação provisória (art. 319, VII, do CPP)

Como se trata de uma medida cautelar severa, é necessário que haja o preenchimento de requisitos indispensáveis a sua aplicação tais como:

- a) Cometimento de crimes que tem como base a violência e a grave ameaça.
- b) Realização de perícia anterior a aplicabilidade da medida, que comprove a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do agente.
- c) Constatação do risco de reiteração da conduta já praticada.

Em relação à realização da perícia, deve restar claro que em determinados casos ela deverá ser feita *a posteriori* devido à urgência na aplicabilidade da medida.

Renato Brasileiro de Lima (2011, p. 366) define bem a medida em comento:

Como se percebe, a internação provisória somente será aplicável ao inimputável ou semi-imputável nas hipóteses de fatos típicos e ilícitos cometidos com violência ou grave ameaça, quando houver risco de reiteração, o que demonstra que essa medida deve ser aplicada com a finalidade de

⁵ Nicolitt, André Luiz - As Medidas Cautelares Elencadas no Art. 319, CPP, introduzido pela Lei 12.403/11- <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_63.pdf> Acessado em: 04.Jun.2013.

proteção da sociedade contra a possível prática de crimes graves. O dispositivo não estabelece distinção entre quem já era inimputável ou semi-imputável à época do crime (CP, art. 26 caput e parágrafo único) e aquele cuja doença mental sobreveio à infração. Logo, a medida pode ser aplicada em ambas as hipóteses, jamais como medida de segurança provisória, mas sim como instrumento de natureza cautelar destinado à tutela da garantia da ordem pública, para evitar a prática de novas infrações penais com violência ou grave ameaça.

2.3.8 Fiança, (art. 319, VIII, do CPP)

Tal medida consiste no depósito de determinada importância, arbitrada pela autoridade competente, para que assim seja concedida a liberdade provisória. Trata-se de uma garantia real, já que tem por objeto dinheiro ou coisa.

Sendo assim, praticado o delito afiançável, a fiança é arbitrada. Após ser recolhida, o réu poderá acompanhar o desenrolar do processo em liberdade e, ao final, tendo sido condenado e se apresentado para cumprir a pena decretada, terá o valor a título de fiança restituído.

Trata-se assim, de medida que estimula o investigado ou acusado a colaborar com andamento processual e da execução penal.

2.3.9 Monitoração eletrônica (art. 319, IX, do CPP)

Cuida-se de medida cautelar com o escopo de fiscalizar o deslocamento do agente por meio da utilização de tornozeleiras ou braceletes.

Nas palavras de LIMA (2011, p. 366):

Consiste no uso da telemática e de meios tecnológicos, geralmente por meio da afiação ao corpo do indivíduo de dispositivo não ostensivo de monitoração eletrônica, permitindo que, à distância, e com respeito à dignidade da pessoa a ele sujeito, seja possível observar sua presença ou ausência em determinado local e período em que ali deva ou não possa estar, cuja utilização deve ser feita mediante condições fixadas por determinação judicial.

Em resumo, no que tange a todas as medidas cautelares pessoais alternativas à prisão trazidas pela Lei 12.403/11, deve restar claro que o magistrado deverá aplicá-las a fim de proteger a integridade do processo, ou seja, deve-se preocupar em aproximar a prática da teoria, adotando tais medidas com finalidade acautelatória apenas.

As medidas cautelares não podem ter caráter punitivo e sim acautelatório, não podendo assim antecipar os efeitos trazidos com a sentença condenatória irrecorrível. Desse

modo, como se verá no próximo capítulo dessa pesquisa, é de extrema importância que o magistrado, ao utilizar-se da cautelaridade, mantenha-se fiel aos limites que a lei lhe confere.

3 PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1 O Poder Geral de Cautela

A fim de que melhor se possa compreender o objeto do presente estudo, faz-se necessário analisar brevemente a evolução histórica do poder geral de cautela, para que se possa entender a imprestabilidade de seu instituto na seara processual penal.

3.1.1 Histórico do Poder Geral de Cautela

O eminente Professor Ovídio A. Baptista da Silva assevera que o Poder Geral de Cautela “provém diretamente do instituto das inibitórias do velho direito peninsular que o Código de 1865 suprimira.” (SILVA, 2001, p. 109-112). Tal instituto foi realçado no artigo 324 do Projeto Carnelutti, sendo intitulado pela doutrina italiana como “poder cautelar geral”. O referido artigo tinha a seguinte redação:

Quando do estado de fato da lide surgir razoável receio de que os litigantes cometam violência ou pratiquem antes da decisão atos capazes de lesar, de modo grave e dificilmente reparável, um direito controverso, ou quando no processo uma das partes se encontre em situação de grave inferioridade em face da outra, o juiz pode tomar as providências provisórias que julgar adequadas para evitar que o dano se verifique.

No ordenamento jurídico pátrio, o poder geral de cautela foi previsto legalmente pela primeira vez no Código de Processo Civil de 1939. Em meados do final do século passado, o legislador se tocara da já presente problemática da morosidade dos processos judiciais que frustrava a eficácia de algumas manifestações judiciais. Sendo assim, o legislador percebeu a necessidade de uniformizar as tutelas cautelares, sistematizando-as.

Todavia, o simplismo da atuação legislativa acabou por não atribuir, à pretensão cautelar, caráter de ação ou de *tertium genus* em relação às demais tutelas.

Nota-se essa posição simplista do legislador no texto do artigo 675, ao tratar minimamente do Poder Geral de Cautela, inviabilizando, inclusive, a obtenção da antecipação da tutela cautelar, visto que os três incisos presentes no aludido artigo faziam expressa menção à existência de demanda anterior à pretensão cautelar⁶.

⁶ Art. 675. Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes: I – quando do estado de fato da lide surgirem fundados receios de rixa ou

À vista disso, em que pese sua limitada previsão, pode-se assegurar a existência do Poder Geral de Cautela no Código de Processo Civil de 1939. O magistrado, mesmo possuindo poder genérico e abstrato de cautela, dependia de algumas das condições e requisitos previstos nos três incisos do artigo 675 para tornar eficaz a tutela cautelar pretendida. Assim, havia Poder Geral de Cautela, porém ineficaz, dada a restrição legal no âmbito de sua aplicação.

Atualmente, temos o Poder Geral de Cautela previsto nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil de 1973, desta vez, previsto em livro próprio: Livro III “Do Processo Cautelar”, Título Único “Das Medidas Cautelares”, Capítulo I “Das Disposições Gerais”, sede das denominadas medidas cautelares atípicas ou inominadas, dado que se situam fora daquelas previstas especificamente pelo legislador.

Os referidos artigos, *in verbis*:

Artigo 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Artigo 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Sobre a redação do artigo 798, Humberto Theodoro Júnior (2000, pág. 105) escreveu:

A redação é neste ponto, defeituosa, em dois sentidos: primeiro, porque o receio de dano pode muito bem provir de causa natural, e não convém restringir a aplicação do poder geral de cautela apenas aos fatos da parte; segundo, porque fala em receio de lesão ao direito da parte, quando na pendência do processo, não se sabe, ainda, se a parte tem ou não direito.

Dada a hipótese do texto legal, o juiz tem o condão de ordenar, sempre que necessárias e urgentes para que se evite o dano ao direito da parte que possa sofrer lesão grave ou de difícil reparação, “medidas provisórias que julgue adequadas ao caso concreto”, não estando, estas, previstas especificamente em lei. Eis o instituto das medidas cautelares inominadas com sustentáculo no poder geral de cautela.

violência entre os litigantes; II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes; III – quando, no processo, a uma das partes for impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa.

O referido instituto tem sido alvo de diversas críticas, dado os inúmeros casos de abusos perpetrados devido a possibilidade dos magistrados deferirem medidas cautelares atípicas ou inominadas, isto é, não previstas nominalmente no Código de Processo Civil, e admitidas em decorrência do poder geral de cautela.

Dessa maneira, importante se faz a verificação dos limites impostos ao juiz, no exercício de sua atividade resultante do poder geral de cautela. Essa questão, dos limites, é de extrema importância, dada a natureza da norma disposta pelos já citados artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, que constituem verdadeira norma em branco, e que não fixam objetivamente quaisquer limitações. Sendo assim, dão poder discricionário singular relativamente às demais normas processuais.

O artigo 801 do Código de Processo Civil resolve parcialmente o problema dos limites do poder geral de cautela ao estabelecer limites subjetivos para a concessão da cautela inominada, e ao firmar o conteúdo subjetivo da petição inicial que dá origem ao pedido cautelar. Destarte, estaria o magistrado ligado aos elementos constantes da petição inicial, para que dirija o provimento cautelar em favor de um contra o outro integrante da relação processual. Em relação a tutela fornecida pela via principal, a que é concedida por intermédio do poder geral de cautela deve sempre configurar um *minus*.

O artigo 2º do Código de processo Civil, também estabelece a limitação de que em regra não pode o magistrado conceder medidas cautelares sem que haja prévio e expresso requerimento da parte, atendendo o teor do princípio do dispositivo. No entanto o poder geral de cautela, entendido como a concessão de ofício de uma medida cautelar pelo juiz, rechaça, mesmo que excepcionalmente, o princípio do dispositivo, isto é, ainda que a parte não faça pedido, o magistrado poderá conceder a medida que proteja a parte (NEVES, 2010).

Para Carlos Calvosa (1970, p. 768) para que se justifique a adoção de medida atípica, deve haver a existência de condição indispensável, que seja suscetível de alterações no tempo e que tais modificações possam causar prejuízo grave. Encontrando-se em situação dispensável, a medida preventiva torna-se inadequada. Não haverá, desse modo, a “necessidade” do socorro da tutela cautelar, já que a decisão de mérito basta para que compor satisfatoriamente a lide.

Não é raro ver esses limites serem superados pelo arbítrio excessivo de alguns juízes. Veja-se:

DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. TUTELA ANTECIPADA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS. VIÁVEL SEU DEFERIMENTO. IMPEDIMENTO DE AJUIZAR PROCESSO EXECUTIVO.

RESTRIÇÃO AO DIREITO DO CREDOR DE AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. Verificado os requisitos do pedido de tutela antecipada, viável o seu deferimento na parte que autorizou a depósito do valor das prestações mensais.

Caracterizado esta o excesso do poder geral de cautela do juiz, que por meio de tutela antecipatória, tolhe o direito de ação, garantido constitucionalmente.⁷.

É de fundamental importância que a sensatez e o respeito aos princípios legais prevaleçam quando da utilização do poder geral de cautela, ainda que alguma dose de flexibilidade seja necessária. O que se deve evitar é o arbítrio e a abnegação aos critérios preestabelecidos, isso quando se trata de processo civil. Em se tratando de processual penal, o caminho mais adequado parece ser o que se alinhar ao entendimento de Aury Lopes Jr. (2009, p. 8-9).

Não há, no processo penal, poder geral de cautela ou medidas cautelares inominadas ou atípicas.

Somente se admite a aplicação das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, com estrita observância dos requisitos legais.

Portanto, ainda que a pobreza morfológica do atual sistema cautelar brasileiro seja censurável e até sirva de abrigo motivacional para os juízes e tribunais invocarem o ‘poder geral de cautela’, a prática é flagrantemente ilegal e insustentável à luz do Princípio da Legalidade e do devido processo penal. Seria o mesmo que aplicar pena privativa de liberdade ou criminalizar condutas por analogia, algo impensável, por evidente.

Com base no raciocínio do ilustre eminente processualista supracitado, o tema da inexistência do poder geral de cautela no processo penal será tratado de forma mais detalhada no tópico 3.3 dessa pesquisa.

3.2 Limites do poder geral de cautela

3.2.1 A importância de limites

Diante das verdadeiras normas em branco dispostas nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil, é de suma importância que se conheça o limites adstritos ao juiz no exercício de sua atividade proveniente do poder cautelar geral. Os referidos artigos não estipulam objetivamente tais limitações, fazendo surgir, assim, um poder discricionário incomum.

⁷ TJPR Agravo de Instrumento - 0190761-7, Relator: Paulo Roberto Vasconcelos, Data de Julgamento: 29/04/2002, Oitava Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 10/05/2002 DJ: 6119

Além dos requisitos objetivos, *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* que já foram devidamente explicados neste trabalho, existem outros que também limitam o poder geral de cautela do magistrado.

3.2.2 *Os limites do próprio ordenamento jurídico*

Pode-se afirmar que há consonância na doutrina, nacional e estrangeira, no que se refere à fiel e precisa leitura do texto constitucional quando se busca o significado normativo. Os princípios e regras constitucionais devem sobrepujar o que lhe é inferior no momento em que se elabora e se aplica as leis.

Dessa forma, uma importante limitação ao poder geral de cautela, e de forma mais abrangente, todo o poder judiciário, é a cláusula constitucional do devido processo legal. Somente o Juiz Natural, o qual possui competência firmada pelo legislador poderá ordenar medidas inominadas.

Nesse sentido, LIEBMAN (1968, p. 93) adverte que as medidas cautelares inominadas não poderão ser usadas como forma de fraudar a comprovação dos requisitos legais exigidos para o deferimento das medidas cautelares previstas em lei.

Outro ponto importante, é o limite conferido pelo princípio da presunção de não-culpabilidade, já que a atuação cautelar do juiz não parte de uma presunção de culpa, mas sim, limita-se a proteger a eficácia da prestação jurisdicional de mérito. Assim, toda e qualquer restrição de direitos do réu somente poderá ser aceita dentro da excepcionalidade extrema, sempre na exata medida da necessidade.

3.2.3 *Requisito da necessidade*

Em se tratando de poder cautelar, o requisito da necessidade é talvez a maior limitação do magistrado. Somente quando devesse necessária, a medida deverá ser deferida (THEODORO, 2010, p. 108).

A finalidade precípua da tutela cautelar é somente assegurar a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não devendo, assim, antecipar a decisão sobre o direito material, já que não é da sua natureza permitir uma espécie de execução provisória.

Nesse sentido, ratifica Ovidio Baptista da Silva (1985, p. 20):

Para a procedência da ação, porém, exige-se algo mais. Não basta o perigo. Indispensável se faz que a aparência do direito socorra ao postulante. O *fumus boni iuris*, portanto, não constitui condição da ação cautelar, mas representa-lhe na verdade, a própria avaliação do mérito. Se o autor satisfaz as três condições e se sua pretensão se apresenta revestida da aparência do direito, o pedido merece provimento. Trata-se, porém, de juízo provisório, que não representa pré-julgamento definitivo da demanda principal.

Dessa maneira, após análise para se verificar a presença dos requisitos necessários para se conceder o pedido do autor, e, em especial, se constatar a real necessidade do requerente, poderá o juiz deferir a medida, fazendo uso do Poder Geral de Cautela.

3.2.4 Concessão de Ofício

A doutrina e a jurisprudência têm-se posicionando no sentido de que as cautelares somente podem ser concedidas de ofício em situações excepcionais, de risco extremo ou quando a lei permite a aplicação de medida protetiva.

A decretação de medidas cautelares de ofício, seja na fase pré-processual, seja na fase processual, mostra-se contrária a rígida separação de funções preconizada pelo processo penal tipo acusatório, inegavelmente adotado pela atual Constituição Federal, no art. 129, I.

No momento em que a Constituição Federal estabelecer que a ação penal pública é da titularidade privativa do Ministério Público, restou-se afastada toda e qualquer iniciativa do Magistrado no que tange à persecução penal, sendo garantida, dessa forma, a sua imparcialidade. A referida privatividade do Ministério Público não está atrelada às ações de conhecimento com caráter condenatório, mas, também, às ações cautelares e de execução. Desse modo, somente com o requerimento do Ministério Público o Magistrado poderá se pronunciar a respeito do cabimento ou não da cautela nominada, fazendo uso do poder geral de cautela.

Por fim, interessantes são as palavras de Pestana de Aguiar (2006, p. 45), ao afirmar que a medida cautelar de ofício só é admitida quando:

expressamente autorizadas por lei”, a está limitando às hipóteses “especificamente” previstas na norma legal. De outro modo não haveria necessidade de se referir à expressa autorização legal. Bastaria o fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (art. 798) ... Por fim, como corolário do princípio “*ne procedat iudex ex officio*”, há de se convir que o poder cautelar geral só cabe nas medidas provocadas pelo interessado. Para que esse princípio referente à atividade jurisdicional não vingue, impõe-se seu inequívoco afastamento pela lei.

3.2.5 Limite de liberdade do cidadão

É certo que “toda medida cautelar parte do pressuposto de um direito incerto” (PIRES DE CAMPOS, 1982. p. 82). Dessa forma, o poder cautelar do magistrado esbarra-se no limite do importantíssimo direito de liberdade do cidadão.

Ao dar provimento às medidas cautelares, o juiz interfere no campo de liberdade individual, gerando conflito entre os interesses do Estado, no que tange à persecução penal, e o interesse de livre locomoção do cidadão.

Nesse sentido as palavras de Romeu Pires de Campos Barros (1982. p. 15):

A teoria do processo cautelar penal apresenta maior dificuldade de que nos outros ramos do direito. Justamente porque grande parte das cautelas envolvem bens jurídicos de suma relevância, visto que estas operam no campo da liberdade individual, surgindo um verdadeiro conflito de interesse entre a pretensão do estado em impor uma dessas medidas para assegurar o êxito do processo principal ou a sua profícua realização, e a do indivíduo que se esforça para não sofrer restrições em seu direito de ir, vir, permanecer e estar.

3.2.6 Impossibilidade da finalidade satisfativa

O processo cautelar não pode oferecer mais do que poderia almejar no processo principal. As ordens proferidas através do poder geral de cautela tem o condão de conservar o estado de fato e de direito que estão atrelados os interesses tutelados no processo principal. Sendo assim, as medidas cautelares não podem admitir caráter de satisfatividade.

De fato, soaria absurdo que por intermédio de processo acessório o titular da pretensão lograsse alcançar resultado que não comportaria acolhida em cognição principal, o que representaria, no final das contas, uma total subversão do papel destinado ao processo cautelar, mero "instrumento do instrumento", como se costuma doutrinariamente afirmar.

Acerca desse assunto, merece referência a lição de GRECO FILHO (1997, p. 154-157), no sentido de que "...a concessão da cautela, para que não seja abusiva, deve guardar relação lógica e de proximidade com a satisfação do direito pleiteado em caráter principal, não se devendo descurar de que, muito embora o processo cautelar persiga escopos puramente processuais, não se confundindo com o instituto da antecipação dos efeitos da tutela – vedada no processo penal -, o fato é que a decretação de medidas cautelares pelo magistrado importa, realisticamente, na privação do exercício de direitos, o que justifica, inclusive, o "abatimento" do período de prisão cautelar da pena definitivamente imposta ao réu.

A jurisprudência parece seguir o mesmo sentido da doutrina na apreciação do caráter não-satisfativo das medidas cautelares. Vejamos:

O pedido formulado pela requerente tem caráter notoriamente satisfativo e não cautelar, o que faz a pretensão desaguar na inadequação da via eleita⁸.

É vedado ao juiz *a quo* decidir no processo cautelar o que só poderá ser discutido, equacionado e resolvido na ação principal⁹.

Medida cautelar. Impropriedade do procedimento. Pedidos satisfativos - Indeferimento da petição inicial¹⁰.

Agravo de instrumento. Contratos. Compra e venda. Pedido de entrega de coisa certa com consolidação de posse e propriedade do veículo. Medida cautelar. Inadmissibilidade. Cunho satisfativo não previsto em lei. Ação de conhecimento com pedido de liminar. Reconhecimento. Recurso provido¹¹.

3.3 A (in)existência do Poder Geral de Cautela no Processo Penal

É sabido que o processo penal é um ramo do direito que interfere diretamente em um dos principais direitos fundamentais resguardados pela Carta Magna, qual seja, a liberdade de locomoção. Justamente por isso, nessa seara, institutos como a analogia e como a interpretação extensiva deverão ser usados com cautela, predominando assim, a aplicação restritiva da lei.

No que tange ao tema em comento, a lei 12.403/11 trouxe para o ordenamento jurídico novas hipóteses de medidas cautelares além das prisões provisórias a serem aplicadas do decurso processual, desde que preenchidos os requisitos de necessidade e adequação previstos no artigo 282 do Código Processo Penal, incisos I e II, a fim de salvaguardar o processo.

A criação dessas novas medidas cautelares colocou a prisão provisória como “medida extrema” ou “*ultima ratio*”, ou seja, o réu somente poderá ser preso preventivamente caso as demais medidas cautelares não forem suficientes para o acautelamento da demanda.

⁸ TRF2 RJ 2006.02.01.011186-2, Relator: Desembargador Federal JOSE FERREIRA NEVES NETO, Data de Julgamento: 01/03/2011, TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data: 06/04/2011 - Página: 217

⁹ TJMG, Ap. 57.397, in RT, 565/201, TJRJ, Ap. 1.279/94, Rel. Des. Maurício Campos, ac. De 29.06.94, in RDTJRJ 24/110

¹⁰ TJSP 0174994-90.2012.8.26.0000, Relator: Gil Coelho, Data de Julgamento: 13/09/2012, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/09/2012

¹¹ TJSP 0041399-29.2011.8.26.0000, Relator: Rocha de Souza, Data de Julgamento: 26/05/2011, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/05/2011

É o que está expresso no artigo 319 do CPP: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”.

A Lei 12.403/11 reintroduziu para o cenário jurídico brasileiro uma antiga discussão a cerca da existência ou não do poder geral de cautela no processo penal. Na seara penal o magistrado poderá aplicar medidas cautelares atípicas ou a sua atuação está restrita as hipóteses previstas no art. 319 CPP?

Os autores Luiz Flávio Gomes e Ivan Luís Marques¹² afirmam que:

O juiz da jurisdição penal não tem poderes para lançar mão de medidas atípicas ou não previstas em lei. Não existem medidas cautelares inominadas no processo penal. Todas as vezes que o juiz lança mão desse famigerado poder geral de cautela, na verdade, ele está violando o princípio da legalidade. No processo penal, forma e garantia. O juiz só está autorizado a praticar os atos que contam com forma legal. Se o juiz se distancia da forma legal, resulta patente a violação à legalidade.

Dessa forma, de acordo com os autores supra, não há que se falar em poder geral de cautela no processo penal, pois a utilização desse instituto pelo magistrado constitui subversão ao princípio da legalidade. Logo, no processo penal, não há espaço para “poderes gerais”, pois a forma processual é simultaneamente limite de poder e garantia para o réu.

Nesse sentido também é a jurisprudência atual do egrégio Superior Tribunal de Justiça, a quem a Constituição Federal conferiu a tarefa de zelar pela correta interpretação da legislação infraconstitucional¹³:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRISÃO PREVENTIVA REVOGADA COM DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DO CARGO. ARTIGO 20, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92. APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL. INVIABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA NO PROCESSO PENAL PARA FINS RESTRITIVOS. INEXISTÊNCIA.

1. É inviável, no seio do processo penal, determinar-se, quando da revogação da prisão preventiva, o afastamento do cargo disciplinando no artigo 20, parágrafo único, da Lei 8.429/92, previsto para casos de improbidade administrativa.
2. Não há falar, para fins restritivos, de poder geral de cautela no processo penal. Tal concepção esbarra nos princípios da legalidade e da presunção de inocência.
3. Ordem concedida para revogar a providência do artigo 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92, determinada pelo Tribunal a quo, no seio da ação penal n. 2007.70.09.001531-6, da 1.ª Vara Federal de Ponta Grossa/PR.

¹² Não há poder geral de cautela no processo penal - <<http://www.conjur.com.br/2011-out-07/poder-geral-cautela-flagrante-ilegalidade-processo-criminal>> Acessado em: 09.Jun.2013.

¹³ HC n. 128599 / PR, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data do Julgamento: 07/12/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 17/12/2010.

Neste diapasão, é inaceitável, numa perspectiva restritiva, falar-se em poder geral de cautela no processo penal, como ensina o Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Antonio Magalhães Gomes Filho (1991, p. 57):

Não se pode cogitar em matéria penal criminal de um poder geral de cautela, por meio do qual o juiz possa impor ao acusado restrições não expressamente previstas pelo legislador, como sucede no âmbito da jurisdição civil; tratando-se de limitação à liberdade, é imprescindível a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas a legalidade da inteira repressão, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.

Em endosso, confira-se a lição do também Professor da USP, Gustavo Badaró (2009, p. 184):

No processo penal, mormente em tema de prisão processual, não existem medidas cautelares atípicas. [...] Há, pois, um princípio da taxatividade das medidas cautelares pessoais, que implica admitir somente aquelas medidas previstas no ordenamento jurídico.

O autor Antônio Alberto Machado (2009, p. 454) também considera taxativo o rol das hipóteses de medidas cautelares previstas no art. 319 CPP:

Com efeito, a previsão legal dessas medidas é exigência indeclinável para a sua decretação, afastado que está, em matéria penal, o chamado 'poder geral de cautela' do juiz, previsto em nosso ordenamento jurídico apenas na esfera processual civil.

Eduardo Luiz Santos Cabette¹⁴ afirma :

Portanto, outra conclusão não deve prosperar a não ser a de que o rol do artigo 319, CPP deve ser interpretado como taxativo em respeito às especiais exigências do ramo processual penal que neste caso não são compatíveis com o "Poder Geral de Cautela" previsto na seara processual civil, tendo em vista principalmente a necessidade de "tipicidade processual penal" sempre que se trate de normas restritivas de direitos individuais.

A partir do supramencionado percebe-se que o poder geral de cautela é um instituto exclusivo do direito processual civil, não podendo dessa forma ser importado para o

¹⁴ CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319, CPP, de acordo com a Lei nº 12.403/11. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19189>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

processo penal, pois a limitação dos direitos fundamentais do réu deve ser pautada exclusivamente na legalidade.

Nesse sentido afirma Aury Lopes Jr. (2005, p. 188):

Como todas as medidas cautelares (pessoais ou patrimoniais) implicam severas restrições na esfera dos direitos fundamentais do imputado, também exigem estrita observância do princípio da legalidade e da tipicidade do ato processual por consequência. Não há a menor possibilidade de tolerar-se restrição de direitos fundamentais a partir de analogias, menos ainda com o processo civil, como é a construção dos tais poderes gerais de cautela.

Os atos estatais devem ser legítimos, em se tratando de atos jurídicos estatais proferidos em sede penal somente haverá legitimidade se pautados na estrita legalidade, pois nessa seara são os direitos fundamentais do réu que estão em jogo, não havendo assim, espaço para analogias e interpretações extensivas.

Logo, sempre que houver restrições aos direitos fundamentais, a decisão jurisdicional deverá ser pautada na legalidade estrita, não podendo o magistrado da seara penal utilizar-se do poder geral de cautela ou de medidas cautelares atípicas ou inominadas, sob pena de nulidade de sua decisão evidentemente ilegal.

É o que afirma Aury Lopes Júnior (2009, p. 98-9):

Em suma: toda e qualquer restrição de direitos fundamentais deve estar estritamente vinculada ao modelo legal (tipo processual), não se admitindo analogias ou interpretação extensiva.
Não há, no processo penal, poder geral de cautela ou medidas cautelares inominadas ou atípicas.
Somente se admite a aplicação das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, com estrita observância dos requisitos legais.

Dessa forma, em se tratando de processo penal, no que tange as medidas cautelares, os princípios da legalidade, taxatividade e devido processo penal deverão ser aplicados sem exceções, pois esse ramo do direito lida com cláusulas pétreas, não havendo assim possibilidade de importação de institutos do direito processual civil.

Em complemento à essa ideia, entendendo ser necessário repensar as coordenadas que orientam o Direito e Processo Penal, Alexandre Moraes da Rosa, em defesa da Teoria Garantista, a qual fortifica o valor da Constituição, aduz de forma acertada sobre o tema:

No campo do Direito Penal o manejo do poder no Estado Democrático de Direito deve se dar de maneira controlada, evitando-se a arbitrariedade dos eventuais investidos no exercício do poder Estatal. Desta forma, para que as sanções possam se legitimar democraticamente precisam respeitar os Direitos Fundamentais,

apoando-se numa cultura igualitária e sujeita à verificação de suas motivações, porque o poder estatal deve ser limitado, a saber, somente pode fazer algo – por seus agentes – expressamente autorizado.

Por fim, além da excepcionalidade, as medidas cautelares pessoais possuem caráter situacional, assim como, por óbvio, caráter provisional ou temporário. Não existindo mais a estrutura fática que as legitimam, a eventual prisão cautelar deve ser revogada, sem qualquer outra restrição além das que se encontram expressas na legislação processual penal.

4 A MEDIDA DE PROIBIÇÃO DE MANTER CONTATO

4.1 Processo penal cautelar como instrumento de efetividade do direito material

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, prescreve: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O eminente processualista Candido R. Dinamarco (2002, p. 315), tece importantes palavras a respeito do referido princípio constitucional, bem como a respeito da introdução da tutela antecipada no Código de Processo Civil:

Constitui objetivo da Reforma a ampliação de acesso à justiça, naquele significado generoso de acesso à ordem jurídica justa. O legislador, consciente de inúmeros óbices ilegítimos à plenitude da promessa constitucional de tutela jurisdicional efetiva, vem procurando elimina-los ou minimiza-los, de modo a oferecer aos usuários do sistema processual um processo mais aderente às necessidades atuais da população. [...] Daí porque, o objetivo central da Reforma é o acesso à justiça.

Nessa busca pela eliminação de óbices à plenitude da tutela jurisdicional efetiva, muitas das vezes perdem-se as garantias a que o sujeito processado tem direito. Alexandre Morais da Rosa (2013, p. 75) faz lúcida crítica a essa perda:

Assim é que a flexibilização do processo, mediante “informatização” e “eficiência”, com a imediata redução dos custos, pode ser verificada nos Juizados Especiais que são equipados com para-juízes, ou seja, muita gente de boa vontade, mas que não responde ao mínimo de garantias que o sujeito processado faz jus, democraticamente.

No mesmo raciocínio, o ministro do STJ, Cláudio Santos¹⁵ expõe o seguinte:

Reflete-se sobre a compatibilização da efetividade do processo com a segurança jurídica, concluindo-se que, para se manter a segurança, é necessário aplicação da técnica por uma magistratura preparada, ponderada e apta a atender aos clamores da sociedade.

Dessa forma, a ânsia pela efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e eficaz deve ir além dos fatores processualísticos e doutrinários. O reduzido número de juízes e fóruns, a apropriada

¹⁵ SANTOS, Cláudio. Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça e advogado no Distrito Federal. Disponível em: Acesso em: 08.Mar.2009.

preparação dos magistrados, advogados, serventuários e operadores do direito em geral, assim como, na crítica acima exposta, a informatização do judiciário são fatores fundamentais para que efetividade seja alcançada de forma plena. Além disso, deve haver uma atuação conjunta entre o Estado e o seu povo¹⁶.

A ideia de efetividade esta diretamente relacionada à capacidade de fazer algo para que se possa gerar os efeitos desejados e modificar determinada situação fática, isto é, materializar tais efeitos no mundo dos fenômenos de forma acertada.

Nesse sentido, conceitua José Roberto dos Santos Bedaque (2003, p. 76 e 77):

A efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*); têm a seu dispor meios adequados (*effettività técnica*) para a obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida pelo ordenamento jurídico material (*effettività oggettiva*).

Para que efetividade alcance de forma plena à atividade estatal, como preceitua o ilustre processualista supracitado, o processo cautelar surge como instrumento acessório. A acessoriedade e instrumentalidade são conceitos que se entrelaçam, já que o processo, para a corrente instrumentalista que a concebeu, é instrumento para a tutela do direito material e o processo cautelar é instrumento para a proteção do resultado útil do processo principal, isto é: “o processo cautelar é instrumento do instrumento” (CALAMANDREI, 2000).

A tutela cautelar pode ser requisitada antes ou no decorrer do processo, fica evidente, desse modo, o aspecto precário e instrumental desse instituto. Lembrando desde já que durante o processo judicial é necessário a observância dos prazos, os quais, por sua vez, podem prejudicar uma das partes. Sendo assim, a tutela cautelar visa resguardar a parte que se sentir ameaçada em seu direito, evitando a perda do objeto da demanda pleiteada. O processo cautelar tem como instrumento a tutela cautelar que visa à proteção do processo principal através da neutralização do perigo iminente que ameaça seu pleito.

4.1.1 Garantia da satisfatividade do direito material

A característica primordial da tutela cautelar é assegurar a satisfatividade do direito material, isto é, a concretização do pedido requerido através da tutela do direito

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. Em resposta à comentários realizada em 29.04.05. Disponível em: . Acesso em: 25 de mar. de 2009.

evocado. À vista disso, diferentemente das tutelas antecipatórias, a cautelaridade não é satisfativa, apenas visa resguardar a efetividade de uma futura atuação jurisdicional mediante o afastamento do estado de perigo.

Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart (2008, p. 61).

“Como visto, a tutela cautelar se destina a assegurar a efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por esta razão, é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. A tutela cautelar é instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva garantir a sua frutuosidade.”

Além do instrumento da efetividade no processo, para Kasuo Watanabe (2006, p. 115) é importante atentar-se para outros fatores igualmente fundamentais:

[...] deve-se atentar também para outras circunstâncias essenciais à prestação dos serviços judiciais, como a organização judiciária, recrutamento dos juízes efetivamente preparados e com mentalidade aberta capaz de perceber a permanente e rápida transformação da sociedade contemporânea, remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça [...]. Entre outras providências importantes esta sem dúvida, o aumento do número de juízes, pois de nada adianta o aprimoramento dos mecanismos processuais se não há pessoas para aplicá-los.

Dessa forma, a efetividade do processo não significa apenas garantir a prestação jurisdicional definitiva, exauriente, mas, também, a prestação adequada, plenamente, aos moldes e anseios da sociedade, para que seja, ao final, obtida a pacificação social através da atuação do Estado-Juiz. Além da esperança de que haverá uma sentença, é extremamente necessário que esta surja de forma útil.

4.1.2 O Estado-juiz

O Estado-juiz deve garantir aos cidadãos que rompem a sua inércia o proferimento de uma sentença justa, que cumpra com o seu papel da melhor maneira possível. Para isso, é necessário que a prática processual não ocorra de forma isolada, a fim de que as leis materiais e processuais se adequem às transformações sociais, pois o Direito deve evoluir junto com a sociedade para que a prestação jurisdicional seja justa, ou seja, acessível, célere, tempestiva e eficaz.

Deve restar claro que um verdadeiro operador do direito não é aquele que aplica a lei de forma automática, mas aquele que busca adequá-la à realidade social na qual as partes estão inseridas. Para que haja essa adequação é preciso que o processo seja colocado como

instrumento da jurisdição a fim de se proteger bem como garantir a efetivação do direito material ora pleiteado.

É indubitável que a realidade não vem emprestando o caráter de efetividade que deve conter o processo, tão bem delineado pelo eminente processualista José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 27-42), o qual preceitua que cinco postulados devem ser considerados, quais sejam:

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) deve-se assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, permitindo que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) o resultado do processo há de ser tal que assegure ao vitorioso o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) tal resultado deve ser alcançado como o mínimo de dispêndio de tempo e energias.

Em consonância com os critérios do eminente processualista supramencionado, pode-se dizer que o processo cautelar desempenha um importantíssimo papel, principalmente na implementação dos postulados: a) ("instrumentos adequados") e d) ("utilidade do resultado do processo"), garantindo, assim, através de uma cognição sumária, a eficácia da sentença na prática. Sentença esta que comumente é afrontada pelo perigo da demora.

4.1.3 Processo cautelar x Medida cautelar

Dado o importante papel do processo cautelar, faz necessário, para os fins dessa pesquisa, expor a diferenciação entre processo cautelar e medidas cautelares nas esclarecedoras palavras de Barros e Machado (2011, p. 13):

Quando se analisa a cautelaridade parte-se primeiro de uma importante distinção presente na teoria do processo, que é a diferença entre processo cautelar e medidas cautelares. O processo cautelar é autônomo e as medidas cautelares são incidentais. Logo, a diferença não apresenta questão de substância, mas, sim, estabelece a distinção em razão da sua localização, eis que a medida cautelar é um incidente dentro do processo de conhecimento ou execução, ao passo que o processo cautelar é sempre autônomo.

Feita a referida diferenciação, tem-se que a aplicação da técnica da cautelaridade no processo penal faz-se necessária, por exemplo, para assegurar a adequada investigação do fato criminoso, bem como, também, para garantir a futura execução da pena. Existem diversas situações de risco, muitas delas já apresentadas nesse trabalho, as quais a tutela jurisdicional

penal, excepcionalmente, autoriza a análise precoce do caso concreto para que se possa assegurar a efetividade do direito material pretendido.

4.2 Posição jurisprudencial acerca da proibição de manter contato

4.2.1 A omissão do legislador

Dada a omissão do legislador no detalhamento da aplicação da medida de proibição de manter contato, o arbítrio dos magistrados acabou por ser enaltecido, ora se perfazendo prudente, ora buscando reviver a ideia da existência do poder geral de cautela no processo penal. Dessa forma, longe de se haver consenso, uniformidade ou qualquer tipo de padronização nas decisões das cortes brasileiras em relação à aplicação da referida medida cautelar pessoal alternativa à prisão.

4.2.2 A amplitude do contato

No que se refere à amplitude do que seria “contato”, os tribunais tem entendido que, este, abrange o contato físico, telefônico, virtual etc.. E em muitas das vezes percebe-se a generalização desse “contato”, incluindo-se aí, também, a comunicação com a vítima através de terceiros. Tal cognição tem-se apresentado reiteradas vezes na jurisprudência, geralmente acompanhada da expressão “qualquer meio de” ou “qualquer tipo de”, conforme se observa:

APELAÇÃO CRIMINAL. DESOBEDIÊNCIA À DECISÃO JUDICIAL SOBRE PERDA OU SUSPENSÃO DE DIREITO. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. DESCUMPRIMENTO DE PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO DA OFENDIDA E DE **CONTATO POR QUALQUER MEIO DE COMUNICAÇÃO**. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Na espécie restou comprovado pelo depoimento da ofendida e das testemunhas ouvidas em juízo que o apelante descumpriu medidas protetivas que haviam sido deferidas em benefício da vítima ao efetuar ligações para a ofendida e comparecer ao trabalho desta. Assim, incabível a absolvição do réu. 2. Recurso conhecido e não provido para manter incólume a sentença que condenou o apelante nas sanções do artigo 359 do Código Penal, à pena de 03 (três) meses de detenção, em regime inicial aberto, substituída por uma restritiva de direitos. 359 Código Penal.¹⁷ (destacou-se)

¹⁷ TJDF 0001231-20.2010.807.0009, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 17/02/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 02/03/2011, DJ-e Pág. 197

Isso posto, REVOGO A PRISÃO PREVENTIVA decretada contra Cleomar Lino de Carvalho, qualificado na exordial acusatória. A fim de evitar que o réu entre em contato com a vítima ou mude de endereço, FIXO as seguintes medidas cautelares: a) comparecimento a todos os atos do processo, sempre que intimado (CPP, art. 319, I); b) impossibilidade de mudar de residência, ou ausentar-se da comarca em que reside por mais de 15 (quinze) dias, sem comunicar previamente ao juízo (CPP, art. 319, IV); c) **proibição de manter qualquer tipo de contato com a vítima**, bem como de aproximar-se dela, devendo guardar distância de no mínimo 100 metros; (CPP, art. 319, III); Cientifique-se o réu que o descumprimento das obrigações impostas, poderá ensejar a decretação da prisão preventiva, conforme disposto no artigo 282, § 4º, do CPP. Lavre-se o termo de compromisso e expeça-se o alvará se por "AL" não estiver preso. Comunique-se à Polícia Militar e à Polícia Civil para fiscalização. Intimem-se.¹⁸ (destacou-se)

No julgamento do *Habeas Corpus* HC 966331 SC 2011.096633-1, o relator, o Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina Roberto Lucas Pacheco fez menção do termo de audiência realizada no juízo *a quo* em seu voto, expondo assim, mais uma vez, a forma genérica como a proibição de contato tem sido aplicada:

O Juízo deferiu o prazo de cinco dias para juntada de substabelecimento do defensor. Deferiu desistência das demais testemunhas arroladas na denúncia mandando voltar concluso para designação de data para continuidade do ato, ante a manifestação da defesa. Com relação ao pleito de revogação da custódia, fez constar não existir evidência de que provimento cautelar de menor gravidade não possa obter o mesmo desiderato de proteção da vítima e testemunhas. Desta feita, com fundamento no art. 316 do CPP, revogou a prisão preventiva mandando expedir alvará de soltura se por outro não estiver preso e, sem prejuízo conferiu a proibição de o acusado Gilmar se aproximar da vítima ou da genitora a uma distância mínima menor de 50 metros, **bem assim proibindo de entrar em contato com eles por qualquer meio de comunicação inclusive por terceira pessoa**, mandando advertir que o descumprimento poderá redundar em nova prisão. (destacou-se)

4.2.3 A distância a ser mantida

Ainda na esteira do entendimento jurisprudencial, outro ponto importante a se abordar é que a Lei 12.403/11, tal qual a Lei Maria da Penha, não estipulou a distância que deverá ser mantida quando da aplicação da medida. Sendo assim, passa ao sensato arbítrio do juiz.

A jurisprudência de nossos tribunais tem orientado o caminho a se seguir, fixando distâncias que variam entre 20 metros a um quilômetro:

HABEAS CORPUS Art. 157, caput, c.c. art. 14, inciso II, ambos do Código Penal
Liberatório - Ausência dos requisitos da prisão preventiva Paciente que preenche os

¹⁸ TJSC - Vara Criminal - Processo 014.13.000011-0 - Ação Penal - Ordinário / Comum - Autor : M. P. do E. de S. C. - Acusado : C. L. de C.

requisitos da liberdade provisória Aplicação de medidas cautelares do art. 319 do CPP comparecimento mensal em juízo até prolação da sentença e **proibição de manter contato com a vítima e de se aproximar de sua residência a uma distância mínima de 100 metros** - Recurso provido.¹⁹ c.c 14, II Código Penal 319 CPP.¹⁹ (destacou-se)

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA GARANTIR A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR E DE PROVA DO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS IMPOSTAS.- Ao paciente foram aplicadas medidas protetivas de urgência, consistentes na "**proibição do noticiado de manter contato com a vítima por qualquer meio de comunicação, assim como de se aproximar dela, devendo guardar a distância de 200 metros**", determinando, também que "não deverá o Habeas Corpus Crime nº 880.863-7 requerido frequentar ou rondar a residência da vítima, bem como o seu local de trabalho" As declarações prestadas pela vítima e que ensejaram a elaboração de Boletim de Ocorrência Policial constituem forte indício de que o paciente efetivamente descumpriu as medidas protetivas de urgência aplicadas em seu desfavor, o que justifica a custódia cautelar nos termos do inciso III (redação da Lei 12.403/2011) do art. 313, do Código de Processo Penal. [...] ²⁰ (destacou-se)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL AGRAVO - LEI MARIA DA PENHA - CONCESSÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS CONSISTENTE NA PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO E DE DIRIGIR-SE À RESIDÊNCIA OU TRABALHO DA EX-COMPANHEIRA - AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA MEDIDAS CONCEDIDAS INAUDITA ALTERA PARS COM PREVISÃO LEGAL - AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.1 **A decisão que deferiu as medidas protetivas de proibição de aproximação a menos de 1 km de distância da vítima**, bem como de com ela manter qualquer comunicação, coibindo, ainda, de se dirigir à residência ou local de trabalho dela, encontra-se devidamente fundamentada e, embora prolatada com decurso de tempo, se respaldou em fatos trazidos pela vítima e, à época, necessários à sua proteção, não havendo que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando o legislador inclusive previu a possibilidade de concessão das medidas *inaudita altera pars*. 2 - Agravo conhecido e não provido.²¹ (destacou-se)

4.2.4 Decisões genéricas

Por outro lado, em que pese as tentativas de se determinar a melhor distância a ser mantida da vítima ou as espécies de comunicação que deverão ser proibidas, há decisões que se limitam a ordenar a proibição do contato, sem qualquer detalhamento em relação à distância ou espécie deste. Desse modo, dá-se margem às mais diversas interpretações e possibilidades de escusas de cumprimento por parte do acusado. Veja-se um exemplo:

¹⁹ TJSP 0224051-14.2011.8.26.0000, Relator: Ruy Alberto Leme Cavalheiro, Data de Julgamento: 29/11/2011, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 01/12/2011

²⁰ TJPR 880863-7 (Acórdão), Relator: Jesus Sarrão, Data de Julgamento: 01/03/2012, 1ª Câmara Criminal

²¹ TJRJ 0052186-54.2007.8.19000 DES. ZELIA MARIA MACHADO - Julgamento: 11/11/2008

HABEAS CORPUS - DELITOS QUE ENVOLVEM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER - ILEGALIDADE DA PRISÃO EM VIRTUDE DA PENA COMINADA - NÃO CONFIGURAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 313, INCISO III DO CPP - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 366 DO CPP - FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA - IMPOSSIBILIDADE - LIBERDADE PROVISÓRIA MEDIANTE APLICAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR DIVERSA DA PRISÃO - ORDEM CONCEDIDA. 1. O art. 313, inciso III do Código de Processo Penal, e art. 20 da Lei Maria da Penha, estabelecem, expressamente, como uma das hipóteses de crime em que é possível a prisão preventiva, aquele que envolver violência doméstica e familiar contra a mulher. 2. A possibilidade de prisão preventiva prevista no artigo 366 do CPP não afasta a necessidade de que se demonstre, com elementos objetivos do fato, a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no artigo 312. 3. No caso em comento, tenho que, considerando a gravidade do crime (violência doméstica), as circunstâncias do fato (paciente manteve-se foragido por mais de um ano e quatro meses) e as condições pessoais do paciente (embora primário, responde a inquérito por porte de drogas para uso próprio e desobediência, conforme CAC de f. 47-48), demonstra-se necessário, para o regular andamento instrução criminal, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, consistentes na obrigação de comparecer mensalmente em juízo, até a prolação de sentença, para informar e justificar as suas atividades, **e proibição de manter contato com a ofendida** (artigo 319, incisos I e III do CPP). Ordem concedida, mediante aplicação de medidas cautelares diversas de prisão²². (destacou-se)

4.2.5 Condições de fiscalização

Por fim, há que se falar mais uma vez da omissão legislativa, dessa vez no que tange às condições de fiscalização do cumprimento da medida cautelar de proibição de manter contato. Sem as condições adequadas de fiscalização, bem como, as diretrizes mais eficazes para a realização desta, observa-se, rotineiramente, na jurisprudência, a decretação da prisão preventiva em reação ao descumprimento da medida cautelar:

HABEAS CORPUS. IMPUTAÇÃO AO NOTICIADO DOS CRIMES DE AMEAÇA, INJÚRIA, DANO E LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA PARA GARANTIR A EXECUÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS CONCRETOS DEMONSTRATIVOS DE QUE O PACIENTE DESCUMPRIU AS MEDIDAS PROTETIVAS QUE VEDAVAM SUA APROXIMAÇÃO E CONTATO COM A VÍTIMA. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. VALIDADE PARA COMPROVAR O DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. ORDEM DENEGADA. Habeas Corpus nº 870466-5. - **Tendo o ora paciente descumprido medida protetiva de urgência imposta pela Magistrada de primeiro grau, consistente em proibição de se aproximar e manter qualquer espécie de contato com sua ex-companheira**, não se pode dizer que a decisão, que decretou sua prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência (art. 313, IV, do CPP) aplicadas, esteja causando-lhe constrangimento ilegal. 313, IV, CPP²³. (destacou-se)

²² TJMG - Habeas Corpus 1.0000.11.032853-1/000, Relator(a): Des.(a) Maria Luíza de Marilac, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/07/2011, publicação da súmula em 09/09/2011

²³ TJPR 870466-5 (Acórdão), Relator: Jesus Sarrão, Data de Julgamento: 02/02/2012, 1ª Câmara Criminal

HABEAS CORPUS. AMEAÇA E DESOBEDIÊNCIA (POR DUAS VEZES). PACIENTE QUE TERIA AMEAÇADO SUA EX-COMPANHEIRA DE CAUSAR-LHE UM MAL INJUSTO E GRAVE, AO ACELERAR O AUTOMÓVEL QUE CONDUZIA EM DIREÇÃO À VÍTIMA E AO IRMÃO DESTA. PRISÃO PREVENTIVA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS ANTERIORMENTE IMPOSTAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. Cabível a prisão preventiva no caso concreto, com fundamento no artigo 313, inciso III, do Código De Processo Penal, **em razão da necessidade de garantir a execução das medidas protetivas de urgência anteriormente impostas, uma vez que houve o seu descumprimento.** 313, III Código de Processo Penal 2. Justificada a necessidade da prisão cautelar para a garantia da ordem pública e da integridade física e psíquica da vítima, dada a gravidade do caso concreto, **haja vista que o paciente, não se intimidando com as medidas protetivas de proibição de contato e de aproximação com a vítima,** vem procurando-a em sua residência e telefonando para ela, proferindo ameaças, além de que em outra oportunidade ao avistá-la saindo de uma padaria acompanhada de seu irmão, acelerou o automóvel que conduzia, jogando-o em direção a eles, no, no intuito de amedronta-la, de modo a coloca-la, novamente, em situação de risco, evidenciando a adequação da medida. 3. Eventuais condições pessoais favoráveis não são suficientes por si sós, para garantir a liberdade do paciente, diante da prisão preventiva, como no caso dos autos. 4. Ordem denegada para manter a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente²⁴. (destacou-se)

É de se notar que os magistrados têm envidado esforços para preencher as lacunas deixadas pelo legislador. Algumas vezes, inclusive, exacerbando os limites da sensatez e tornando demasiadamente genérico o cumprimento da medida cautelar em estudo, outras vezes se omitindo ao ponto de se gerar dúvidas quanto ao correto cumprimento. Mas qual seria a mais adequada aplicação da proibição de manter contato com pessoa determinada? É o que se verá no próximo e último tópico dessa pesquisa.

4.3 Aplicação adequada da proibição de manter contato

4.3.1 O caminho a ser construído

Transitando pelos meandros dos princípios do processo penal atinentes às medidas cautelares. Posteriormente conceituando-as e pormenorizando-as, até se chegar ao intrincado poder geral de cautela, e declará-lo inexistente no processo penal. Em seguida, demonstrou-se que a efetividade do direito material demanda a acessoriariedade das medidas cautelares e

²⁴ TJDF 0007429-32.2012.807.0000, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 26/04/2012, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 02/05/2012, DJ-e Pág. 177

que, em que pese os esforços dos magistrados brasileiros, ainda há um caminho a ser construído para que seja priorizado os direitos fundamentais.

Ao longo dessa pesquisa foi perfilado um caminho consideravelmente prático a ser percorrido até que se pudesse chegar finalmente ao objeto central desse trabalho: qual seria a aplicação adequada da medida cautelar de proibição de manter contato com pessoa determinada?

4.3.2 Proibição de manter contato como medida protetiva

Com a leitura do inciso I, do artigo 282 do Código de Processo Penal, percebe-se que o objetivo maior das medidas cautelares criminais é o de garantir o processo. Assim, objetiva-se evitar a fuga do acusado ou que ele prejudique a investigação ou a instrução criminal. O inciso ainda prevê a necessidade de evitar a prática de infrações penais, nesse caso, excepcionalmente, quando previsto em lei. Isto posto, conclui-se que a regra, tanto nas medidas cautelares criminais como nas cíveis, é a de garantir o resultado do processo.

Contrapondo o paradigma do artigo supracitada, BADARÓ (2012, p. 241) conjectura:

Difícil imaginar uma situação concreta em que a medida possa ser utilizada para a finalidade de assegurar a aplicação da lei penal. Talvez, por exemplo, a proibição de contato com alguém que falsifique ou venda passaporte falso, para facilitar uma fuga. Nesse caso, porém, o que se deverá coibir é, antes de tudo, a atuação do falsário, que também estaria a cometer crime!

Com base no acima exposto, tem-se que se admitir que a referida medida guarda profundos laços com as medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha, as quais não são instrumentos para assegurar processo, e sim, medidas para se proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Desse modo, as medidas protetivas presentes na Lei Maria da Penha não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Elas não visam processos, mas pessoas²⁵.

Assim, para que se chegue a mais adequada forma de aplicação da proibição de manter contato, faz-se necessário observar a realidade a que ela costumeiramente é confrontada: a de medida protetiva.

²⁵ LIMA, Fausto Rodrigues de. Comentários aos artigos 25 e 26 da Lei Maria da Penha (Da atuação do Ministério Público). In CAMPOS, Carmen Hein de Campos (Organizadora). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

4.3.3 Delimitação espacial

Com esse raciocínio, orientando-se pela finalidade de proteção dos direitos fundamentais, pode-se considerar *prima facie* que a delimitação da distancia que se deve proibir quando do eventual contato é fator de extrema importância para que se atinja a efetividade do bem tutelado cautelarmente. Assim, a delimitação espacial deverá ser analisada caso a caso, jamais aplicada genericamente, evitando dessa forma a violação dos direitos fundamentais, tanto da vítima, como do próprio acusado.

Nesse diapasão, as sábias palavras de BADARÓ (2012, P. 242):

De qualquer forma, será necessário muito cuidado do juiz na delimitação espacial da medida, que não poderá ser muito diminuta (p. ex., 5 ou 10 metros), sob pena de ineficácia, ou extremamente ampla (p. ex., não frequentar determinada cidade ou bairro), ao ponto de restringir demasiadamente outros direitos do acusado (p. ex., ter que deixar de trabalhar na cidade onde labora, ou de residir no bairro em que mora).

Veja-se que o critério da adequação presente no inciso II, do artigo 282, do Código de Processo Penal abrange, além da escolha da medida mais adequada ao caso concreto, a modalidade de execução, não prejudicando, assim, o exercício de direitos fundamentais que não possuem relevância para as exigências da medida cautelar requerida no caso específico.

4.3.4 Forma de contato proibido

Outro aspecto que deve ser abordado na busca pela melhor aplicação dessa medida, é a forma de contato que deve ser proibida.

Conforme já exposto nessa pesquisa, legislador não especificou a forma de contato que poderá ser proibida. Em que pese o contato pessoal ser evidentemente o mais importante, o avanço tecnológico tem demonstrado que o “contato virtual” (e-mail, Skype, facebook, e etc...) possibilita frequente contato.

Sendo assim, conforme os dizeres de BADARÓ (2012, p. 241):

Não raro, tais formas de comunicação são utilizadas para a prática de ofensas, ameaças, incitações à violência... Assim sendo, em determinadas situações, impedir o contato pessoal, mas não vedar o contato virtual, poderá ser totalmente ineficaz, pois, o que não será possível conseguir pessoalmente, poderá se atingir por meios telepresenciais.

4.3.5 Cumulação da proibição de manter contato com o monitoramento eletrônico

Sem dúvida alguma, o maior obstáculo para a efetividade da medida de proibição de manter contato, é saber se de fato a comunicação, seja ela da espécie que for, entre vítima e acusado, esteja ou não ocorrendo. Em outras palavras, se o acusado está ou não cumprindo a medida aplicada.

A fiscalização policial encontra-se prejudicada, uma vez que pensar em efetivo policial para a constatação do cumprimento de cada medida aplicada no caso concreto seria impraticável. Assim, geralmente só se tem notícia da violação da medida quando esta já se encontra consolidada.

Não raro é encontrar casos de descumprimento da medida, conforme se extrai da seguinte notícia²⁶:

O relator, desembargador Torres Marques, disse que há indícios de que o homem teria ameaçado de morte tanto a vítima quanto seus familiares. Ele ainda desrespeitou a proibição manter distância mínima de 30 metros da vítima ou buscar contato com a vítima e seus familiares por qualquer meio de comunicação. A câmara entendeu que o paciente era sabedor das medidas protetivas que estava sujeito por determinação judicial e as descumpriu. Inclusive voltou a ameaçar a vítima nas dependências da Delegacia de Polícia local, o que motivou sua representação criminal e a prisão em flagrante.

O descumprimento de medidas protetivas já provocou tragédias de norte a sul do país, como, por exemplo, em 2010, com a morte da cabeleireira Maria Islaine de Moraes, assassinada pelo ex-marido. O crime foi flagrado pelas câmeras instaladas no salão de beleza da vítima. Outra tragédia mais recente e de maior proporção midiática, foi a que aconteceu com a procuradora federal Ana Alice Moreira de Melo, em fevereiro de 2012, assassinada pelo ex-marido em um condomínio de luxo²⁷.

Dada as dificuldades práticas na fiscalização do cumprimento da proibição de manter contato, a combinação desta com a medida de monitoramento eletrônico torna-se uma alternativa interessante.

²⁶ Homem que desrespeitou distância mínima da ex-mulher seguirá na prisão - <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/100558493/homem-que-desrespeitou-distancia-minima-da-ex-mulher-seguira-na-prisao>>. Acessado em: 10.Jun.2013.

²⁷ Em BH, 80% dos agressores desrespeitam medidas protetivas e ameaçam mulheres - <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100447703/em-bh-80-dos-agressores-desrespeitam-medidas-protetivas-e-ameacam-mulheres>>. Acessado em: 10.Jun.2013.

O monitoramento eletrônico é instrumento geralmente utilizado para o rastreamento de condenados, e configura um avanço tecnológico já empregado em vários países como Estados Unidos, Alemanha, França, Inglaterra, Suécia, Austrália, Japão, África do Sul, Portugal etc.²⁸.

Em alguns desses países, com a utilização monitoramento eletrônico, a proibição de aproximação de estádios de futebol aplicada a determinadas pessoas envolvidas em brigas de torcidas, tornou-se um eficiente meio de combate à violência nos estádios de futebol. Dessa forma evitam-se prisões desnecessárias e previne-se o acontecimento de tragédias maiores.

Uma opção paralela ao monitoramento eletrônico vem sendo adotada no Brasil. O Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, reconhecidamente o estado brasileiro com a maior taxa de homicídio de mulheres, criou o “botão do pânico²⁹”. Uma ferramenta que poderá ser acionada sempre que o ex-marido ou companheiro proibido de manter contato se aproxime ou faça ameaças. Quando o botão é acionado, a central de monitoramento recebe um chamado. O dispositivo também permite que seja realizada escuta no momento em que é ativado.

Muito mais simples do que o “botão do pânico” adotado no Espírito Santo, e nem por isso menos eficaz, é o sopro da dignidade³⁰ adotado por algumas mulheres de Recife. Sempre que uma mulher percebe que outra está em situação de iminente violência, ela utiliza um apito para fazer barulho. A ideia é envolver toda a comunidade.

Como se percebe, existem alternativas para se fiscalizar o cumprimento da medida cautelar de proibição de manter contato. Dessa forma, cabe ao poder público em sinergia com a sociedade, a utilização dos meios mais eficazes para esse controle.

²⁸Como funciona o monitoramento eletrônico em Portugal e aqui, perdas e ganhos - <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/3014679/como-funciona-o-monitoramento-eletronico-em-portugal-e-aqui-perdas-e-ganhos>>. Acessado em: 10.Jun..2013

²⁹Mulheres do ES que sofrem violência doméstica terão 'botão do pânico' - <<http://m.g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2013/03/mulheres-do-es-que-sofrem-violencia-domestica-terao-botao-do-panico.htm>>l. Acessado em: 10.Jun.2013.

³⁰Apito é usado como arma contra a violência no Recife <<http://g1.globo.com/globoreporter/0,,MUL1032653-16619,00-apito+e+usado+como+arma+contra+a+violencia+no+recife.html>>.Acessado em: 10.Jun.2013.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo o estudo da aplicação adequada do artigo 319, III, do Código de Processo Penal.

Verificou-se, primeiramente, os princípios informadores das medidas de cautela no Código de Processo Penal. Viu-se que é de suma importância que a aplicação das medidas cautelares esteja em conformidade com os princípios da legalidade (ou tipicidade), princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade), princípio da adequação e da proporcionalidade, princípio da precariedade, princípio da necessidade, princípio da subsidiariedade.

Em seguida, conferiu-se que as medidas cautelares são medidas restritivas ou privativas da liberdade de locomoção adotadas em desfavor do imputado no desenrolar das investigações criminais ou, ainda, no curso do processual penal, com a finalidade de substituir a aplicação da prisão preventiva ou atenuando os rigores da prisão em flagrante. Foi realizada breve conceituação acerca das novas medidas de cautela trazidas pela Lei nº 12.403/2011, quais sejam: o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo o juiz, para justificar suas atividades; a proibição de frequência a determinados lugares, desde que relacionados ao fato, evitando-se o risco de novas infrações; a proibição de manter contato com pessoa certa; a proibição de se ausentar da Comarca; o recolhimento domiciliar, à noite e durante as folgas; a suspensão do exercício de função pública ou atividade econômica ou financeira; a internação provisória de enfermo ou perturbado mental, havendo risco de reiteração do fato; a fiança e a monitoração eletrônica.

No segundo capítulo, foram analisados os principais aspectos do instituto do Poder Geral de Cautela, bem como a sua inaplicabilidade no âmbito do Processo Penal. Traçou-se um conciso perfil histórico desse instituto, previsto legalmente pela primeira vez no Código de Processo Civil de 1939, e atualmente presente nos artigos 798 e 799 do Código de Processo Civil. Em que pese a existência desse instituto no Processo Civil, demonstrou-se que o mesmo possui limites quando utilizado: os limites do próprio ordenamento jurídico, os requisitos da necessidade, a excepcionalidade da concessão de ofício, o respeito a liberdade de locomoção do cidadão e a impossibilidade de se obter satisfatividade através da tutela cautelar. Por último, restou demonstrando, que as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, só podem ser aplicadas com estrita observância dos requisitos legais, não podendo assim, o Poder Geral de Cautela ser invocado para tal. A inaplicabilidade do poder

Geral de Cautela encontra jazigo na observância do Princípio da Legalidade e do devido processo penal.

No terceiro e último capítulo desse estudo, analisou-se especificamente a medida cautelar pessoal de proibição de manter contato com pessoa determinada prevista no artigo 319, III, do Código de Processo Penal. Buscou-se atestar, inicialmente, que instrumento da tutela cautelar destina-se à proteção do processo principal por meio da neutralização do perigo iminente que ameaça seu pleito, dessa forma, tem como característica principal assegurar a satisfatividade do direito material. Infelizmente, demonstrou-se que a realidade prática não vem emprestando o caráter de efetividade que deve conter o processo. A máquina pública que está à disposição da Justiça é ineficiente, e isso faz traz prejuízos de grandes proporções ao país. A performance inadequada do Poder Judiciário beneficia os se aproveitam de sua ineficiência para protelar e não cumprir obrigações, por exemplo. Analisou-se ainda, a posição jurisprudencial acerca da medida cautelar objeto principal desse estudo. Demonstrou-se que existem incertezas nas decisões dos magistrados quando da aplicação da referida medida. A amplitude do contato, a distância a ser mantida, geralmente são pontos tratados genericamente, não levando em conta a situação fática de cada caso, mas sim, o arbítrio do Julgador. Por fim, restou demonstrado que existem caminhos para que a medida de proibição de manter contato possa ser aplicada dentro de um sensível limite de arbítrio do magistrado. Sempre levando em conta o Princípio da legalidade e expurgando de uma vez o Poder Geral de Cautela do Processo Penal. Assim, a forma mais adequada de aplicação da medida disposta no inciso III, do artigo 319 do Código de Processo Penal, seria a que, dentro dos requisitos necessários e preceitos legais, analisasse com sensatez cada caso concreto, apoiando-se nas inovações tecnológicas de rastreo e monitoramento, e na inter-relação com a comunidade em que o sujeito passivo da medida de cautela vive.

A presente pesquisa não se propõe, de forma alguma, a esgotar o tema estudado, mas sim, abrir caminho para exames mais aprofundados sobre o assunto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Mauro Fonseca, **Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores**. Curitiba. Juruá Editora, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo Cautelar**. 3ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARMELIN, Donald (coord). **Tutelas de Urgência e Cautelares**. 1a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BADARÓ, Gustavo. **Direito processual penal: tomo II. 2**. Ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Comentários ao Código de Processo Civil. V.XI**, Porto Alegre, Letras Jurídicas Editora Ltda., 1985.

_____. **Do Processo Cautelar**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol I. 14a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e medidas cautelares: nova reforma do processo penal- lei nº 12.403/2011**. Belo Horizonte, MG: Delrey, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 5a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. In: Vade Mecum. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 In: Vade Mecum. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Lei Maria da Penha**. Lei Federal nº11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://intra.mp.rs.gov.br/caocrim/?opt=ct/legislacao&id=3191>> Acesso em 29 de maio de 2013.

_____. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112403.htm> Acesso em 19 de maio de 2013.

_____. Projeto de Lei do Senado nº. 156. 2009. Disponível em:
<<http://intra.mp.rs.gov.br/areas/caocrim/arquivos/projetodelei156.pdf>> Acesso em 29 de novembro de 2012.

_____. HC n. 128599 / PR, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data do Julgamento: 07/12/2010, Data da Publicação/Fonte: DJe 17/12/2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17995119/habeas-corpus-hc-128599-pr-2009-0027065-3-stj>> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TRF2 RJ 2006.02.01.011186-2, Relator: Desembargador Federal JOSE FERREIRA NEVES NETO, Data de Julgamento: 01/03/2011, TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::06/04/2011 - Página::217. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com/jurisprudencia/18784076/medida-cautelar-inominada-mci-200602010111862-rj-20060201011186-2>> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TJSP 0224051-14.2011.8.26.0000, Relator: Ruy Alberto Leme Cavaleiro, Data de Julgamento: 29/11/2011, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 01/12/2011. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com/jurisprudencia/20854677/habeas-corpus-hc-2240511420118260000-sp-0224051-1420118260000-tjsp>> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TJDF 0001231-20.2010.807.0009, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 17/02/2011, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 02/03/2011, DJ-e Pág. 197 Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com/jurisprudencia/18313221/apr-apr-12312020108070009-df-0001231-2020108070009>> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TJSP 0041399-29.2011.8.26.0000, Relator: Rocha de Souza, Data de Julgamento: 26/05/2011, 32ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/05/2011 Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com/jurisprudencia/19196162/agravo-de-instrumento-ai-413992920118260000-sp-0041399-2920118260000>> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TJSP 0174994-90.2012.8.26.0000, Relator: Gil Coelho, Data de Julgamento: 13/09/2012, 11ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/09/2012. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com/jurisprudencia/22384552/cautelar-inominada-1749949020128260000-sp-0174994-9020128260000-tjsp>> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TJSC - Vara Criminal - Processo 014.13.000011-0 - Ação Penal - Ordinário / Comum - Autor : M. P. do E. de S. C. - Acusado : C. L. de C.. Disponível em: <<http://app.tjsc.jus.br/consultadje/visualizapagina.actionnudocto=1624&nuano=2013&nupagina=620>> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TJPR 880863-7 (Acórdão), Relator: Jesus Sarrão, Data de Julgamento: 01/03/2012, 1ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com/jurisprudencia/21454534/8808637-pr-880863-7-acordao-tjpr/inteiro-teor-21454535>> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TJRJ 0052186-54.2007.8.19000 DES. ZELIA MARIA MACHADO - Julgamento: 11/11/2008. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_63.pdf> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TJPR 870466-5 (Acórdão), Relator: Jesus Sarrão, Data de Julgamento: 02/02/2012, 1ª Câmara Criminal. Disponível em: <<http://tjpr.jusbrasil.com/jurisprudencia/21417442/8704665-pr-870466-5-acordao-tjpr/inteiro-teor-21417443>> Acesso em: 15.Jun.2013.

_____. TJDF 0007429-32.2012.807.0000, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 26/04/2012, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 02/05/2012, DJ-e Pág. 177. Disponível em: <<http://tjdf.jusbrasil.com/jurisprudencia/21547264/hbc-hc-74293220128070000-df-0007429-3220128070000-tjdf>> Acesso em: 15.Jun.2013.

BURNIER JÚNIOR, João Penido. **Do Processo Cautelar**. São Paulo: Lex, 2002.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Taxatividade das novas medidas cautelares do artigo 319, CPP, de acordo com a Lei nº 12.403/11**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2884, 25 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19189>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares**. Carla Roberta Andreasi Bassi (Trad.). Campinas: Servanda, 2000.

CALVOSA, Carlo. **II Processo Cautelar**. Torino UTET, 1970

CÂMARA, Alexandre Freitas. MEDINA, José Miguel Garcia. ARAÚJO, Fábio Caldas de. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimetnos Cautelares e Especiais**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMPOS BARROS, Romeu Pires de. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CAPEZ, Fernando. **Lei 12.403 e as polêmicas prisões provisórias**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-29/consideracoes-sobra-lei-124032011-prisao-provisoria-polemicas>>. Acesso em: 16 nov. 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José Antonio Cardinalli. Campinas: Conan, 1995.

_____. **Instituições de processo civil**. Trad. port. Adrian Sotero de Witt Batista. Campinas. São Paulo: ed. Servanda, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 8ª ed. São Paulo: RT, 1991.

CRUZ, Diogo Tebet da. **Aspectos controvertidos sobre o instituto da prisão preventiva**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 68, set./out., p. 214 – 261, 2007.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **Garantismo, legalidade e interpretação da lei penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 67, jul./ago., p. 212 – 232, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno. Tomo I.** 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional.** São Paulo: RT, 1999.

FEITOZA, Denílson, **Direito Processual Penal, Teoria, Crítica e Práxis.** 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

G1. **Mulheres do ES que sofrem violência doméstica terão 'botão do pânico'** - <<http://m.g1.globo.com/espírito-santo/noticia/2013/03/mulheres-do-es-que-sofrem-violencia-domestica-terao-botao-do-panico.html>>. Acessado em: 10.Jun.2013.

GLOBO. **Apito é usado como arma contra a violência no Recife** <<http://g1.globo.com/globoreporter/0,,MUL103265316619,00apito+e+usado+como+arma+contra+a+violencia+no+recife.html>>. Acessado em: 10.Jun.2013

GOMES FILHO, Antonio Magalhães - **Presunção de inocência e prisão cautelar.** São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES, Luiz Flávio; SANTOS, Juliana Zanuzzo dos. **O que se entende por fumus commissi delicti?**. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2011/07/20/o-que-se-entende-por-fumus-commissi-delicti/>>. Acesso em: 04.jun.2013.

GONÇALVES Fernando e Alves, Manoel João. **A Prisão preventiva e as Restantes Medidas de Coação,** 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro.** 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

IENACO, Rodrigo. **Reforma do CPP: Cautelares, Prisão e Liberdade Provisória.** Disponível em www.direitopenalvirtual.com.br, acesso em 13.05.2011.

JUSBRASIL. **Homem que desrespeitou distância mínima da ex-mulher seguirá na prisão** - <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/100558493/homem-que-desrespeitou-distancia-minima-da-ex-mulher-seguira-na-prisao>>. Acessado em: 10.Jun.2013.

_____. **Em BH, 80% dos agressores desrespeitam medidas protetivas e ameaçam mulheres** - <<http://amp-mg.jusbrasil.com.br/noticias/100447703/em-bh-80-dos-agressores-desrespeitam-medidas-protetivas-e-ameacam-mulheres>>. Acessado em: 10.Jun..2013.

_____. **Como funciona o monitoramento eletrônico em Portugal e aqui, perdas e ganhos** - <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/3014679/como-funciona-o-monitoramento-eletronico-em-portugal-e-aqui-perdas-e-ganhos>>. Acessado em: 10.Jun..2013

LACERDA, Galeno, **Comentário ao Código de Processo Civil,** vol. III, tomo I, 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

LE COCQ D'Oliveira, Jorge Luis - **O Novo Regime das Medidas Cautelares no Processo Penal** <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_192.pdf> Acessado em: 04.Jun.2013.

LIEBMAN, Henrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 1985. vol. I

LIMA, Marcellus Polastri. **Tutela cautelar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. De acordo com a Lei nº 12.403/11**. Niterói: Editora Impetus, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **A (in)existência de poder geral de cautela no processo penal**. Boletim IBCCRIM : São Paulo, ano 17, n. 203, p. 08-09, out., 2009.

_____, **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2010. v. 2.

_____. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade, provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. 2. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim, **Tutela Cautelar, Teoria Geral e Poder Geral de Cautela**. Curitiba: Juruá, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Cf. Notas sobre o Problema da “Efetividade do Processo”, AJURIS, nº 29, 1983.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Temas de Direito Processual Civil**, 3ª Série, Saraiva, 1984.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prisão processual, a fiança, a liberdade provisória e as demais medidas cautelares – comentários à lei nº 12.403/11**. In Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Ed. 69. Ago-Set/2011. Porto Alegre: Editora Síntese, 2011.

NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 11a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NICOLITT, André Luiz - **As Medidas Cautelares Elencadas no Art. 319, CPP, introduzido pela Lei 12.403/11**

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/4/medidas_cautelares_63.pdf> Acessado em: 04.Jun.2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Efetividade e tutela jurisdicional.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 25 de mar. de 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2009.

PERUCHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. **Da Ilegalidade da Investigação Criminal Exercida Exclusivamente pelo Ministério Público no Brasil.** In ANDRADE, Mauro Fonseca, Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Curitiba. Juruá Editora, 2009.

PESTANA DE AGUIAR SILVA, João Carlos. **Síntese Informativa do Processo Cautelar.** inRev. Forense, 2004.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas - **MEDIDAS CAUTELARES NO PROCESSO PENAL - PRISÕES E SUAS ALTERNATIVAS** Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. ed. Revista dos Tribunais. 2012.

ROCHA, César Asfor, **A Luta pela Efetividade da Jurisdição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos.** 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

SAMPAIO, Marcus Vinícius de Abreu. **O Poder Geral de Cautela do Juiz.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1993.

SANCHES, Sydney. **Poder Cautelar Geral do Juiz.** São Paulo: Ed. RT. 1978.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Proporcionalidade:** notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal. In: CHITTÓ GAUER, Ruth Maria (Org.) Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos. Porto Alegre: EdUPUCRS, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. **Teoria do Princípio da Fungibilidade.** 1a ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

THUMS, Gilberto. **Sistemas Processuais Penais.** In ANDRADE, Mauro Fonseca, Sistemas Processuais Penais e seus Princípios Reitores. Curitiba. Juruá Editora, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo Cautelar.** 25ª ed. São Paulo: Leud, 2010.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol II. 45a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Processo Cautelar**. Revista Dialética de Direito Processual, Rio de Janeiro, n. 23, 2007.

WATANABE, Kazuo, apud DESTEFENNI, Marcos, **Curso de Processo Civil, vol. 1: processo de conhecimento e cumprimento de sentença**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Volume I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.